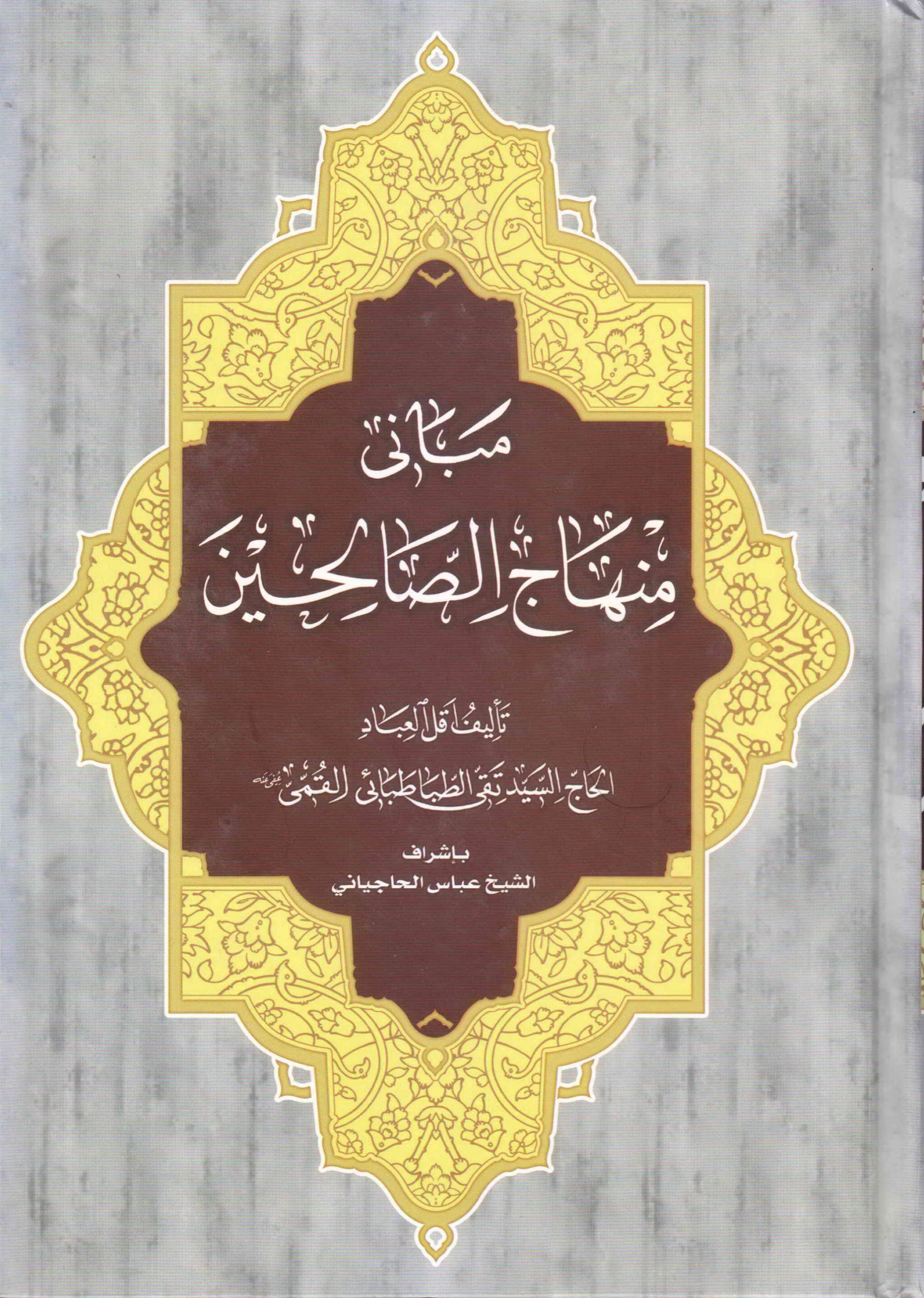


مباني
منهاج الصالحين
تأليف أقل العباد
الحاج السيد تقي الطباطبائي القمي عُفي عنه
بإشراف
الشيخ عباس الحاجياني



تأليف أقل العباد

الحاج السيد تقي الطباطبائي القمي

عفي عنه

الجزء التاسع

بإشراف

الشيخ عباس الحاجياني

اسم الكتاب: مبانی منهاج الصالحين
الناشر: منشورات قلم الشرق
عددالنسخ: ۱۰۰۰ نسخه
تاريخ النشر: ۲۰۰۵ م ـ ۱٤۲٦ هـ
الطبعة الاولى
المطبعة نهضت
ISBN: 964 - 94670 - 6 - 8

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللقطة

وهي المال الضائع الذي لا يد لاحد عليه المجهول مالكه .

(مسألة ١) : الضائع اما انسان أو حيوان أو غيرهما من الاموال: والاول يسمى لقيطا والثاني يسمى ضالة والثالث يسمى لقطة بالمعنى الاخص .

(مسألة ٢) : لقيط دار الاسلام محكوم بحريته[1]

---

١) قال في الجواهر : « الملقوط في دار الاسلام يحكم باسلامه ولو ملكها اهل الكفر اذا كان فيها مسلم نظراً الى الاحتمال وان بعد تغليباً لحكم الاسلام الذي يعلو ولا يعلى عليه » (* ١) .

الكلام يقع تارة في أنه محكوم بالاسلام أم لا؟ واخرى في أنه يجوز استرقاقه أو لايجوز ويحكم بحرمته أما الكلام من الناحية الاولى فنقول : يشكل الحكم بكونه مسلماً بمجرد الاحتمال فان هذا الحكم يحتاج الى دليل شرعي ومقتضى الأصل عدم كونه مسلماً اذ تولده من المسلم غير معلوم كي يحكم عليه بالاسلام

---

١) جواهر الكلام ج ٣٨ ص : ١٨١

بالتبعية ولايترتب أثرعلى اظهاره الاسلام حيث حكم عليه بأن عمده وخطائه واحد في النص (* ١) .

ومقتضى الاطلاق انه لايترتب على قوله وفعله أثروان عمده يعتبرخطاءأوحمل الرواية على خصوص الدية لاوجه له ، ان قلت :كيف قبل اسلام علي عليه السلام قبل البلوغ ؟ قلت: هومن خواص الامامة المختصة به وامثاله من بقية الائمة وأمثالهم كعيسى ويحيى وأضرابهما وعن مجمع البرهان ـ كما في الجواهر ـ نفي البعد عن اسلام غير المراهق اذا تكلم بكلمة الشهادة والتوحيد والرسالة واستدل عليه « بعموم مادل على اسلام من قال كلمة الشهادتين وقاتلوهم حتى يقولوا لااله الاالله وانهم اذا قدروا على الاستقلال أمكن أن يكون واجباً عليهم لان دليل وجوب المعرفة عقلي ولا استثناء في الأدلة العقلية فلايبعد تكليفهم بل يمكن أن يجب ذلك واذا وجب صح » الخ (* ٢) .

ولا يخفى ضعف هذه الادلة فان هذا النحو من الاستدلال اجتهاد في مقابل النص اذ قلنا ان مقتضى النص سقوط فعله ـ ومنه قوله ـ عن الاعتبار وأيضاً قد نص على سقوط التكليف عنه حتى يبلغ لاحظ ما رواه عمار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة قال: اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك ان أتى لها ثلاث عشره سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم (* ٣) .

وصفوة القول : انه لادليل على الحكم بكونه مسلماً ولعل هذا الذي ذكرنا

---

١) الوسائل الباب ١١ من أبواب العاقلة الحديث : ٢

٢) جواهر الكلام ج ٣٨ ص : ١٨٢

٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١٢

وكذا دار الكفر اذا كان فيها مسلم أوذمي يمكن تولده منه[1]

هو الوجه في عدم حكم الماتن باسلامه فالنتيجة : ان اللقيط لايحكم باسلامه .

وأما الكلام من الناحية الثانية فيمكن أن يقال : ان الوجه في الحكم عليه بالحرية من جهة ان الرقية تحتاج الى الدليل ومع الشك فيها يحكم بعدمها وبعبارة اخرى : الحر الانسان الذي لايكون مملوكاً لاحد وحيث ان مقتضى الأصل عدم رقيته فهو حر فلا مجال لأن يقال : ان نفي احد الضدين لايثبت الضد الاخر الا على القول بالأثبات الذي لانقول به فلاحظ .

١) الكلام فيه بعينه هو الكلام فانه لاسبيل الى استرقاقه لاحتمال كونه متولداً من المسلم أو الذمي فلا دليل على دخوله فيمن يجوز استرقاقه وأيضاً لاطريق الى اثبات اسلامه .

ولايخفى ان قوله عليه السلام الاسلام يعلو ولا يعلى عليه(*١)، لايدل على المدعى فان الرواية ضعيفة اولا بالارسال وثانياً : انه لايبعد أن يكون المراد به ان الاسلام ببراهينه يعلو فلا يرتبط بالمقام وان أبيت فلااقل من الاجمال وصفوة الكلام ان هذه الرواية لاتكون في مقام اثبات اسلام من يشك في اسلامه .

واما اخبار الفطرة فهي لاتدل على المدعى بل المستفاد منها ان المولود بفطرته الاولية يقبل الاسلام وأما الحكم باسلام الشخص وترتيب آثاره عليه فليس في هذه الاخبار تعرض بالنسبة اليه لاحظ ما رواه هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت: « فطرة الله التي فطر الناس عليها»؟ قال: التوحيد(*٢).

وما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن قوله عزوجل : « فطرة الله التي فطر الناس عليها » ما تلك الفطرة ؟ قال : هي الاسلام

١) الوسائل الباب ١ من أبواب موانع الارث الحديث ١١

٢) الاصول من الكافي ج ٢ ص : ١٢ باب فطرة الخلق على التوحيد الحديث : ١

فطرهم الله حين أخـذ ميثاقهم على التوحيد قـال : ألست بربكم وفيه المؤمن والكافر (* ١) .

وما رواه زرارة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قول الله عزوجل : « فطرة الله التي فطر الناس عليها » قال : فطرهم جميعاً على التوحيد (* ٢) .

وما رواه أيضاً عـن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن قوله عزوجل : « حنفاء لله غير مشركين بـه » قال : الحنيفية من الفطرة التي فطر الله الناس عليها لاتبديل لخلق الله قال : فطرهم على المعرفة به قال : زرارة : وسألته عن قول الله عزوجل : « واذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى » الاية قال : اخرج مـن ظهر آدم ذريته الى يوم القيامة فخرجوا كالذر فعرفهم وأراهم نفسه ولولا ذلك لـم يعرف أحد ربه وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله :كل مولود يولد على الفطرة يعني المعرفة بأن الله عزوجل خالقه كذلك قوله « ولئن سألتهم مـن خلق السماوات والارض ليقولن الله » (* ٣) .

وما رواه محمد الحلبي عـن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل : « فطرة الله التي فطر الناس عليها » قال : فطرهم على التوحيد (*٤) .

نعم لايبعد ـ كما في الجواهر ـ ان مقتضى السيرة الحكم باسلام الطفل في بلاد الاسلام الغالب فيها المسلمون فلاحظ .

أضف الى ذلك ان جملة من النصوص قد دلت على عدم جواز استرقاق اللقيط وفي

---

١) نفس المصدر الحديث : ٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث : ٤

٤) نفس المصدر ص : ١٣ حديث : ٥

واقيط دارالكفراذا لم يكن فيها مسلم أوذمي يمكن تولده منه يجوز استرقاقه[١] ووارث الاول الامام اذا لم يكن له وارث[٢] وكذلك

بعضها حكم على كونه حراً لاحظ ما رواه زرارة عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال: اللقيط لايشترى ولايباع (* ١) .

وما رواة حاتم بن اسماعيل المدايني عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال: المنبوذ حرفان أحب أن يوالي غير الذي رباه والاه فان طلب منه الذي رباه النفقة وكان مؤسراً رد عليه وان كان معسراً كان ما أنفق عليه صدقة (* ٢) .

ومـا رواه عبد الرحمن العزرمي عن أبـي عبدالله عليه السلام عن أبيه قال : المنبوذ حرفا ذاكبر فان شاء توالي الى الذي التقطه والافليرد عليه النفقة وليذهب فليوال من شاء (* ٣) .

وما رواه‌محمد بن أحمد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن اللقيطةفقال لاتباع ولا تشترى ولكن تسخدمها بما أنفقت عليها (* ٤) ومـا رواه محمد بـن مسلم قال: سألت أباجعفرعليه السلام عن اللقيط فقال : حرلايباع ولا يوهب(*٥)

١)كما هو ظاهر اذكونه كافراً لااشكال فيه فيجوز استرقاقه .

٢)اذ الامام‌عليه السلام وارث من لاوارث له بالاجماع والنص لاحظ ماورواه ابان بن تغلب عن أبي‌عبدالله عليه السلام في الرجل يموت ولا وارث له ولامولى قال : هو من اهل هذه الاية : « يسألونك عن الانفال » (* ٦) .

---

١) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الحديث ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

٣) نفس المصدر الحديث : ٣

٤) نفس المصدر الحديث : ٤

٥) نفس المصدر الحديث : ٥

٦) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث : ١٤

الامام عاقلته[١] واذا بلغ رشيداً فاقر برقيته قبل منه[٢].

وما رواه حماد بن عيسى مرسلا عن العبد الصالح عليه السلام في حديث قال وللامام صفو المال الى أن قال : « وهو وارث من لاوارث له يعول من لاحيلة له (* ١) .

وما رواه اسحاق بن عمار قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الانفال الى أن قال : « ومن مات وليس له مولى فماله من الانفال » (* ٢) .

١) لانه وارثه والذي يعقله هو الذي يرثه صرح بذلك في الجواهر في هذا المقام وتفصيل الكلام من هذه الجهة موكول الى محله .

٢) لجواز اقرار العقلاء على أنفسهم لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقول : الناس كلهم أحرار الا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أو أمة ومن شهد عليه بالرق صغيراً كان أو كبيراً (* ٣) .

وما رواه الفضل قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل حر أقر انه عبد قال : يؤخذ بما أقر به (* ٤) .

وما رواه محمد بن الفضل الهاشمي قال : قلت : لابي عبدالله عليه السلام : رجل حر أقر انه عبد فقال أبو عبدالله عليه السلام : يأخذه بما قال أو يؤدي المال (*٥) .

وما رواه اسماعيل بن الفضل قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: حر أقر على

---

١) نفس المصدر الحديث : ٤

٢) نفس المصدر الحديث : ٢٠

٣) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب العتق الحديث : ١

٤) نفس المصدر الحديث : ٢

٥) نفس المصدر الحديث : ٣

(مسألة ٣) : اخذ اللقيط واجب على الكفاية اذا توقف عليه حفظه[١]

نفسه بالعبودية استعبده على ذلك ؟ قال : هو عبد اذا أقر على نفسه (* ١).

وما روى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : اقرار العقلاء على انفسهم جايز (* ٢).

١) لوجوب مقدمة الواجب والوجه في وجوب أخذه وحفظه ان النفس المحترمة يجب حفظها واللقيط مع ثبوت اسلامه لااشكال في حرمة نفسه وأما مع عدم كونه محكوماً بالاسلام فحيث انه قبل البلوغ لايكون داخلا في عنوان الحربي فلايترتب عليه حكمه.

وان شئت قلت : ان المستفاد من جملة من النصوص احترام اطفال الكفار قبل البلوغ فيجب حفظها لاحظ ما رواه حفص بن غياث في حديث انه سأل أباعبدالله عليه السلام عن النساء كيف سقطت الجزية منهن ورفعت عنهن؟ قال: فقال : لأن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن قتل النساء والولدان في دار الحرب الا أن يقاتلن فان قاتلن « قاتلت » أيضاً فأمسك عنها ما أمكنك ولم تخف خللا « حالا خ ل» فلما نهى عن قتلهن في دار الحرب كان «ذلك» في دار الاسلام أولى ولو امتنعت أن تؤدي الجزية لم يمكن قتلها فلما لم يمكن قتلها رفعت الجزية عنها ولو امتنع الرجال عن « منع الرجال فأبوا أن » يؤدوا الجزية كانوا ناقضين للعهد وحلت دماؤهم وقتلهم لأن قتل الرجال مباح في دار الشرك وكذلك المقعد من أهل الذمة والأعمى والشيخ الفاني والمرأة والولدان في أرض الحرب فمن اجل ذلك رفعت عنهم الجزية (*٣).

---

١) نفس المصدر الحديث ٥

٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب الاقرار الحديث : ٢

٣) الوسائل الباب ١٨ من ابواب جهاد العدو الحديث : ١

فاذا أخذه كان احق بتربيته وحضانته من غيره[١] الا أن يوجد من له الولاية عليه لنسب أوغيره[٢] فيجب دفعه اليه حينئذ ولايجري عليه حكم الالتقاط[٣].

(مسألة ٤) : ما كان في يداللقيط من مال محكوم بأنه ملكه[٤].

وما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن آبائه عليهم السلام ان النبي صلى الله عليه وآله قال: اقتلوا المشركين واستحيوا شيوخهم وصبيانهم (*١) وصفوة القول انه يجب حفظ النفس المحترمة .

١) لسبقه واقدامه على الواجب كفاية ولولا الحكم بالاحقية يلزم التشاجر بين الأفراد والنزاع لاستواء الحق وعدم ترجيح لأحد على غيره .

٢) كما لو كان والده أو جده وكما لو كان قيماً أو وصياً .

٣) كما هو ظاهر .

٤) نقل عن المسبوط عدم الخلاف فيه واستدل عليه في بعض كلام الأصحاب بأنه بعد الحكم بحرمة الطفل يحكم بكون ما في يده ملكاً له لأن له الأهلية وقال في الجواهر ـ في هذا المقام ـ : «ان هذا الحكم لايخلو من اشكال لولا الاجماع»

والذي يختلج بالبال ان ما أفاده في محله فان اثبات المدعى بغير الاجماع في غاية الاشكال اذ الملكية تحتاج الى سبب والمفروض ان فعل الصبي سيما غير المميز لايترتب عليه الأثر .

وبعبارة : اخرى : هو مسلوب الاختيار وعمده خطأ هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان مقتضى الأصل عدم تحقق كونه مالكاً فلا دليل على الملكية الا أن يقال بأن اليد امارة على الملكية على الاطلاق والخارج يحتاج الى الدليل ولولاها لما قام للمسلمين سوق فلاحظ .

(*١) نفس المصدر الحديث : ٢

(مسألة ٥) : يشترط في ملتقط الصبي البلوغ والعقل[١] والحرية[٢] فلا اعتبار بالتقاط الصبي والمجنون والعبد الا باذن مولاه[٣] بل

---

١) بلا خلاف بين العامة والخاصة ـ كما في الجواهر ـ وقال قدس سره في طي كلامه : « بل ولا اشكال لقصورهما عن ولاية الالتقاط » انتهى . ويمكن أن يقال : بأن تحقق الالتقاط الشرعي بحيث يترتب عليه الأثر يتوقف على الدليل وهو مفقود في محل الكلام بل الدليل على خلافه اذ مقتضى الأصل عدمه كما ان مقتضى ان عمد الصبي خطأ عدم ترتب أثر شرعي على فعله كما ان المجنون لا يتوجه اليه التكليف فلا أثر لفعله .

٢) قال في الجواهر : « على المشهور بل لم أتحقق فيه خلافاً وعن جامع المقاصد نفي الريب عنه وعن مجمع البرهان دعوى الاجماع عليه ظاهراً وعن الكفاية انه مما قطع به الاصحاب » .

واستدل في كلام بعضهم بالأصل وبأنه لا يقدر على شيء اذ هو مشغول باستيلاء المولى على منافعه وأيد واما راموه بما رواه أبو خديجة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطة فقال: وما للمملوك واللقطة والمملوك لا يملك من نفسه شيئاً فلا يعرض لها المملوك فانه ينبغي أن يعرفها سنة في مجمع فان جاء طالبها دفعها اليه والا كانت في ماله فان مات كانت ميراثاً لولده ولمن ورثه فان لم يجيء لها طالب كانت في أموالهم هي لهم فان جاء طالبها بعد دفعوها اليه (* ١) .

٣) ادعي عليه عدم وجدان الخلاف والظاهر انه حق اذ لا قصور في العبد الا كونه مملوكاً لمولاه وهذا المحذور يرتفع بالاذن وان شئت قلت المقتضي موجود ومع اذن المولى لا يكون قصور في الموضوع فلاحظ .

---

١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب اللقطة الحديث : ١

يشترط الاسلام فيه اذا كان اللقيط محكوماً باسلامه فلو التقط الكافر صبياً في دارالاسلام لم يجرعلى التقاطه احكام الالتقاط ولايكون احق بحضانته(١).

---

١) عن مجمع البرهان امكان دعوى الاجماع عليه ويظهر من الجواهر انه لم يجد خلافاً الاعن النافع والشرائع فان عبارتهماتشعر بالتردد واستدل على المدعى بقوله تعالى: «ولن يجعل الله للكافرين على المسلمين سبيلا» (* ١) بتقريب: انه نوع سبيل.

وربما استدل بما دل من النص على عدم جواز تزويج العارفة من غير العارف لاحظ ما رواه زرارة بن أعين عن أبي عبدالله عليه السلام قال: تزوجوا في الشكاك ولا تزوجوهم فان المرأة تأخذ من ادب زوجها ويقهرها على دينه (* ٢).

بتقريب: ان المستفاد منه ان النهي معلل بامكان اخذ الزوجة من أدب زوجها فبعموم العلة نحكم في المقام بعدم جواز حضانته للصبي المسلم.

ويرد على هذا الاستدلال اولا بما افاده في الجواهر من أن المذكور ليس علة بل حكمة وما أفاده متين اذ لو التزمنا بالعلية يلزم عدم التزويج من الفاسق أيضاً. لعين الملاك وثانياً: ان الرواية مخدوشة سنداً بموسى بن بكر فلاحظ لكن الظاهر ان الرواية تامة سنداً ببعض طرقها.

ويمكن اثبات المدعى بالأصل فان اثبات حق الحضانة واحقية الكافر يحتاج الى الدليل وهو مفقود هذا كله على فرض كون اللقيط مسلماً وأما اثبات كون لقيط دار الاسلام مسلماً فقد مر الاشكال فيه لعدم طريق الى اثباته الا من طريق السيرة

---

١) النساء/١٤٠

٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث: ٢

(مسألة ٦): اللقيط ان وجد متبرع بنفقته انفق عليه[١] والا فان كان له مال انفق عليه منه بعد الاستيذان من الحاكم الشرعي أو من يقوم مقامه[٢] والا انفق الملتقط من ماله عليه ورجع بها عليه ان لم يكن قد تبرع بها[٣]

كما تقدم منا اللهم الا أن يقال : يكفي في عدم الجواز الشك في اسلامه ومقتضى اصالة عدم كفره عدم جواز تسلط الكافر عليه فانه خلاف الأصل وبعبارة اخرى : اثبات الحق يحتاج الى الدليل اللهم الا أن يقال: ان مقتضى الأصل عدم كونه مسلماً ومن لايكون مسلماً يكون كافراً فيجوز حضانته للكافر .

١) فانه نوع احسان والاحسان حسن من كل احد ولا اشكال فيه .

٢) اذ التصرف في ملك الغير يتوقف على مجوز شرعي والحاكم الشرعي أو من يقوم مقامه ولي الطفل من باب الحسبة هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان صرف ماله في شئونه ليس قرباً لماله الا بالاحسن فلا اشكال فيه .

٣) ربما يقال بأنه يجب الانفاق عليه كفاية فيجب على الملتقط لأنه من آحاد المكلفين لكن الظاهر انه لادليل على هذا المدعى بل الدليل على خلافه لاحظ ما رواه محمد بن أحمد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الملتقطة فقال: لاتباع ولا تشترى ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها (* ١) .

فان المستفاد من الرواية انه يجوز استخدامه في مقابل ما انفق عليه فلايجب الانفاق عليه مجاناً انما الاشكال في سند الرواية وقال المجلسي في مرآة العقول : « ان الراوي من الامام هو محمد بن احمد غير معلوم ويمكن أن يكون الغلط من النساخ فعلى هذا غير بعيد أن يكون محمد هذا هو ابن مسلم فالسند صحيح »

---

١) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الحديث : ٤

والا لم يرجع[١] .

(مسألة ٧) : يكره اخذ الضالة حتى لو خيف عليها التلف[٢] .

ولكن مجرد الاحتمال لا يقتضي الحكم بالصحة فلابد من التماس دليل آخر فلاحظ.

١) لعدم المقتضي للرجوع بعد فرض التبرع .

٢) المقصود من الضالة ـ كما يظهر من كلماتهم ـ كل حيوان مملوك ضايع عن مالكه ولا يـد عليه ولا اشكال ظاهراً في كراهة اخذه مع عدم خوف تلفه وبعبارة اخرى : الذى يظهر من كلمات الأصحاب في هذا المقام عدم الخلاف عندهم في كراهة اخذه حتى في صورة جواز اخذه قال في الجواهر : « ولا خلاف بيننا في أن اخذه في صورة الجواز مكروه وعن المسالك : واخذه حيث يجوز مكروه»

واستدل على المدعى بجملة من النصوص : منها ما رواه وهب بن وهب عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال: لا يأكل من الضالة الا الضالون (* ١).

وهذه الرواية ضعيفة سنداً بوهب مضافاً الى أن المستفاد من الرواية ليس بيان حكم الاخذ بل المستفاد منها حكم التملك فان الأكل كناية عن التملك .

ومما ذكرنا ظهر تقريب المدعى بحديث وهب أيضاً عن جعفر عن أبيه عليهما السلام في حديث : قال : لا يأكل الضالة الا الضالون (*٢) .

وما نقل في هذا المقام عـن سيد الرياض بكفاية الخبر المذكور والفتاوي للحكم بالكراهة للتسامح مردود اولا بأن دليل التسامح محل الاشكال والكلام وقد ذكرنا في محله ان اخبار التسامح ترشد الى حكم العقل ولا يستفاد منها الاستحباب وثانياً دليل التسامح على فرض تماميته راجع الى استحباب الفعل لا الى كراهته .

ومنهـا : مرسل الصدوق قـال : ومن الفاظ رسول الله صلى الله عليه وآله :

---

١) الوسائل الباب ١ من أبواب اللقطة الحديث : ٧

٢) نفس المصدر الحديث : ٥

. . . .

لايؤوي الضالة الا الضال (* ١) .

وهذه الرواية ضعيفة بالارسال وما قيل في هذا المقام بأن المرسل اذا كان ثقة نسب الخبر الى المعصوم جزمـاً لابنحو روي يكون ذلك الخبر حجة ، مدفوع بما ذكرنا وقد تعرض لما حققناه في هذا المقام الشيخ الحاجياني في كتابه« نخبة المقال » فراجع .

ومنها: ما وردمن النصوص الدالةعلى كراهة اخذاللقطة لاحظ ما رواهالحلبي عن أبيعبدالله عليه السلام فيحديث في اللقطة قال : وكان على بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله : لاتمسوها (*٢) بتقريب: ان هذه النصوص وان كانتواردة في لقطة المال لكن تدل على كراهة اخذ الضالة بالا ولوية فتأمل .

ومنها : مـا رواه احمد بـن محمد بن عيسى فى نوادره عن أبيه قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وفيه : « وما أحب أن امسكها » (*٣) وهذهالرواية ساقطة سنداً بالارسال .

ومنها : ما رواه معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وآله عـن الشاة الضالة بالفلاة فقال للسائل : هي لك أو لأخيك أو للذئب قال : وما احب أن امسها وسئل عـن البعير الضال فقال للسائل مالك وله خفه حذاؤه وكرشه سقاؤه خل عنه (* ٤) .

والظاهر ان هذه الرواية لااشكال في دلالتها على المدعى ولا بأس بسندها فلا اشكال في أصـل الحكم انما الكلام في أن الأخذ مكروه حتى مع خوف التلف

---

١) نفس المصدر الحديث : ١٠

٢) نفس المصدر الحديث ١

٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث : ٢

٤) نفس المصدر الحديث : ٥

. . . .

على الحيوان أو الحكم بالكراهة مختص بصورة الأمن من تلف الحيوان ؟ .

ربما يقال بالاختصاص بتقريب: ان ادلة المنع منصرفة عن هذه الصورة وبأن قوله عليه السلام : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » يقتضي ترغيب المكلف في أخذ الضالة التي في معرض التلف بمعنى انه لو اخذتها ولم تعرف مالكها بعد التعريف تكون لك وان عرفته فقد حفظت مال اخيك المؤمن وان لم تأخذ اكلها الذئب أو اخذها غير الامين الذي يكون في حكم الذئب .

ويرد عليه : ان الانصراف ممنوع وقد ذكر في آخر الخبر انه قال عليه السلام « وما احب أن امسها » فالكراهة متحققة حتى مع خوف التلف ان قلت : أليس حفظ مال الغير واجباً قلت: لادليل عليه على نحو الاطلاق . ان قلت: ان حفظ مال الغير لا اشكال في حسنه حيث انه احسان وقد ورد في النص جواز الحلف تقية وكذباً لحفظ مال الغير .

لا حظ ما رواه اسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في حديث قال : سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف قال لاجناح عليه وعن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلفه لينجو به منه قال : لاجناح عليه وسألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله ؟ قال : نعم (* ١) .

ومثله ما رواه اسماعيل الجعفي قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام امر بالعشار ومعي المال فيستحلفوني فان حلفت تركوني وان لم احلف فتشوني وظلموني فقال احلف لهم قلت ان حلفوني بالطلاق ؟ قال فاحلف لهم قلت : فان المال لايكون لي قال : تتقي مال اخيك (* ٢) .

---

١) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الايمان الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ١٧

(مسألة ٨) : اذا وجد حيوان في غير العمران كالبراري والجبال والاجام والفلوات ونحوها من المواضع الخالية من السكان فان كان الحيوان يحفظ نفسه ويمتنع عن السباع لكبر جثته أوسرعة عدوه أوقوته كالبعير والفرس والجاموس والثور ونحوها لم يجز اخذه (١)

قلت : هذا اجتهاد في مقابل النص اذ قد ذكر عليه السلام في آخر الخبر كما ذكرنا ان التعرض مكروه وما ورد من جواز الحلف على مال الأخ مقدمة للحفظ لاينافي كراهة الأخذ مضافاً الى أن مورد الخبر الثاني ما لو كان المال في يده فالنتيجة ان الأخذ مكروه على الاطلاق كما في المتن والله العالم .

١) الذي يظهر من كلمات الأصحاب في هذا المقام ان عدم الجواز في الجملة اجماعي كما ان مقتضى القاعدة الاولية كذلك اذ التصرف في مال الغير بلا اذن منه حرام لاحظ ماروا ه سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : من كانت عنده أمانته فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لايحل دم امرء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه (* ١) فلا يجوز اخذه .

اضف الى ذلك النصوص الواردة في المقام لاحظ ما رواه هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وآله فقال : يا رسول الله صلى الله عليه وآله اني وجدت شاة فقال رسول الله صلى الله عليه هي لك أولأخيك أوللذئب فقال: يا رسول الله اني وجدت بعيراً فقال : معه حذاؤه وسقاؤه حذاؤه خفه وسقاؤه كرشه فلا تهجه (* ٢) وما رواه معاوية (* ٣) .

فان المستفاد من الحديثين عدم جواز اخذ البعير وبعموم العلة المذكورة فيهما

---

١) الوسائل الباب ٣ من أبواب مكان المصلي الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب اللقطة الحديث : ١

٣) لاحظ ص : ١٥

. . . .

يتعدى الى غير البعير وهو كل حيوان يقدر على حفظ نفسه والدفاع عنها وبعبارة اخرى: وقع الكلام بين القوم في الحاق غير البعير به في الأحكام المذكورة حيث ان المصرح به في جملة من النصوص عنوان البعير لاحظ ما رواه هشام (*١).

وما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : من أصاب مالاأو بعيراً في فلاة من الارض قدكلت وقامت وسيبها صاحبها ممالم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقته حتى أحياها من الكلال ومن الموت فهي له ولاسبيل له عليها وانما هي مثل الشيء المباح (* ٢) وما رواه معاوية (* ٣) .

وعدم الحاقها بها لاخلاف فيه ـ كمافي الجواهر ـ بل الاجماع قائم على الحاق الدابة التي هي عبارة عن الفرس .

واستدل عليه بما رواه مسمع عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ان اميرالمؤمنين عليه السلام كان يقول في الدابة اذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها : فهي للذي أحياها قال: وقضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابة بمضيعة فقال : ان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها متى شاء وان كان تركها في غير كلاء ولا ماء فهي لمن أحياها (* ٤) .

وما رواه السكونى عن أبي عبدالله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد فقال : ان كان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها وان تركها في خوف وعلى غير ماء ولاكلاء فهي لمن

---

١) لاحظ ص : ١٧

٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث : ٢

٣) لاحظ ص : ١٥

٤) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث : ٣

سواء أكان في كلاء وماء أم لم يكن فيهما اذا كان صحيحاً يقوى على السعي اليهما[1]

أصابها (* ١) .

ونقل في الجواهر : عن كشف الرموز الحاق البغل وقال في الجواهر : بل لعل لفظ الدابة في النصوص المزبورة شامل لمطلق ذوي القوائم الاربع وربما يقال كما في الجواهر وغيره : ان حديث ابن سنان (* ٢) باطلاقه يشمل مطلق الدابة بدعوى ان المراد بلفظ المال الواقع في الخبر الضالة بقرينة قامت .

والذي يختلج بالبال أن يقال : ان الاقرب الحاق غير البعير به في عدم جواز الاخذ وجوازه أما عدم الجواز فعلى القاعدة الاولية اذ التصرف في مال الغير حرام مضافاً الى أن المستفاد من قوله عليه السلام في عدة روايات : «كرشه سقاؤه وخفه حذاؤه لاتهجه» ان المدار في الجواز وعدمه هو الامتناع من السباع وامكان البقاء والتعيش وأما جواز الاخذ فيما يكون في معرض الخطر فلرواية ابن سنان (* ٣) بتقريب الاطلاق في لفظ المال واستفادة القانون الكلي من روايات البعير فان المستفاد من النصوص ان الميزان في الجواز وعدمه امكان البقاء والتعيش وعدمه فلا يجوز في الاول ويجوز في الثاني فما أفاده الماتن تام .

١) ادعى عليه الاجماع وعدم الخلاف ـ كما في الجواهر ـ والاطلاق مقتضى النص لاحظ ما رواه معاويه (* ٤) فانه صرح في هذا الحديث بالفلاة والفلاة على ما يظهر من اللغة : الارض التى لاماء فيها ومع الصراحة الموجودة في هذا

---

١) نفس المصدر الحديث : ١٧

٢) لاحظ ص : ١٨

٣) لاحظ ص : ١٨

٤) لاحظ ص : ١٥

فان أخذه الواجد حينئذ كان آثما[١] وضامناً له [٢] وتجب عليه نفقته [٣] ولا يرجع بها على المالك[٤] واذا استوفى شيئاً من نمائه كلبنه وصوفه كان عليه مثله أو قيمته [٥] واذا ركبه أو حمله حملا كان عليه اجرته [٦] ولا يبرأ من ضمانه الا بدفعه الى مالكه نعم اذا يئس من الوصول اليه ومعرفته تصدق به عنه باذن الحاكم الشرعي[٧]

الحديث لامجال للتأمل فالحق ما أفاده في المتن من الاطلاق فلاحظ .

١) لأنه تصرف في مال الغير بلااحراز اذن من له اهلية الاذن مضافاً الى النهي الصريح عن التعرض بقوله صلى الله عليه وآله : « خل عنه » فلا مجال للتأمل ولا موقع للتمسك بقاعدة الاحسان فانه لايتحقق الاحسان بالحرام .

٢) لقاعدة ضمان اليد فان مقتضى الحديث المعروف على اليد ما اخذت حتى تؤديه (* ١) هو الضمان .

وصفوة القول : ان التصرف في مال الغير ووضع اليد عليه يوجب الضمان بلا اشكال الا مع الاذن من المالك أو الشارع وهو مفقود في المقام على الفرض

٣) اذ المفروض انه مال محترم لمالك محترم فيجب حفظه بلا اشكال.

٤) لعدم موجب للرجوع وان شئت قلت : لادليل على توجه الضمان الى المالك فلا يجوز له الرجوع عليه فلاحظ .

٥) اذ المفروض انه أتلف مال الغير فيضمن بلا اشكال .

٦) اذ المفروض انه استفاد من منفعته ومقتضى القاعدة الاولية هو الضمان ولا دليل على التخصيص .

٧) اذ الضمان يرتفع بايصال المضمون الى المالك والا فهو باق على حاله

---

١) مستدرك الوسائل الباب ١ من أبواب الغصب الحديث : ٤

. . . .

ولا يجوز التصدق به الا بعد اليأس وبعبارة اخرى : لااشكال في وجوب ايصال المال الى صاحبه ويمكن الاستدلال على وجوب الايصال والفحص عن المالك مضافاً الى ارتكاز المتشرعة بوجهين احدهما قوله تعالى في سورة النساء الاية/٥٨ « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها » .

فان مقتضى العموم عدم الفرق بين كون الامانة مالكية كالوديعة أو شرعية كاللقطة ومجهول المالك ومال السرقة والخيانة والغصب فان مقتضى الاية الشريفة وجوب الفحص عن المالك وايصال الامانة اليه سيما فيما يكون من بيده المال غاصباً ويكون تسلطه على المال عدوانياً .

ثانيهما : جملة من الروايات فانها تدل على وجوب الفحص ثم التصدق منها ما رواه حفص بن غياث قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أومتاعاً واللص مسلم هل يردعليه ؟ فقال : لايرده فان أمكنه أن يرده على أصحابه فعل والاكان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان أصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فله الاجر وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر له (* ١) .

والرواية ضعيفة بحفص وبقاسم على ما قيل فان حفصاً لم يوثق والرواية بسندها الاخر مرسلة .

ومنها : مارواه هشام بن سالم قال: سأل خطاب الاعور أبا ابراهيم عليه السلام وأناجالس فقال : انه كان عند أبي اجير يعمل عنده بالاجر ففقدناه وبقي له من أجره

---

١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب اللقطة الحديث : ١ والكافي ج ٥ ص : ٣٠٨ حديث : ٢١

. . . .

شيء ولا نعرف له وارثاً قال : فاطلبه قال : قد طلبناه فلم نجده قال : فقال : مساكين وحرك يديه قال : فأعاد عليه قال : اطلب واجهد فان قدرت عليه والا فهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حدث فأوص به ان جاء له طالب أن يدفع اليه (* ١) .

وهذه الرواية تامة سنداً اذ اسناد الشيخ الى يونس تام فلا اشكال من حيث السند وأما من حيث الدلالة فلا اشكال فيها فانها تدل على وجوب الفحص والجهد عن المالك لكن هذه الرواية واردة بالنسبة الى معلوم المالك والكلام في مجهول المالك .

ومنها: ما رواه معاوية بن وهب عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل كان له على رجل حق ففقده ولا يدري أين يطلبه ولا يدري أحي هو أم ميت ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً قال: اطلب قال: فان ذلك قد طال فاتصدق به؟ قال: اطلبه (* ٢) .

وهذه الرواية على تقدير تمامية دلالتها مخدوشة من حيث السند بابن ثابت وابن عون لكن الشيخ قدس سره نقل الرواية في ج ٦ من التهذيب ص : ١٨٨ حديث : ٢١ بسند لا بأس به فراجع ولكن موردها معلوم المالك .

ومنها: ما رواه يونس بن عبدالرحمان قال: سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام وأنا حاضر الى أن قال : فقال: رفيق كان لنا بمكة فرحل منها الى منزله ورحلنا الى منازلنا فلما ان صرنا في الطريق أصبنا بعض متاعه معنا فأي شيء نصنع به؟ قال: تحملونه حتى تحملوه الى الكوفة قال : لسنا نعرفه ولا نعرف كيف نصنع ؟ قال : اذا كان

---

١) الفروع من الكافي ج ٧ ص: ١٥٣ باب ميراث المفقود الحديث : ١ والوسائل الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى الحديث : ١ والتهذيب ج ٩ ص : ٣٨٩ حديث ١٣٨٧

٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى الحديث : ٢

. . . .

كذا فبعه وتصدق بثمنه قال له : على من جعلت فداك ؟ قال: على أهل الولاية(*١)

بتقريب ان المستفاد من الرواية مفهوماً وجوب الفحص مع الامكان وسند الرواية مخدوش بالعبيدي وقد ورد جملة من الروايات بالنسبة الى معلوم المالك لاحظ الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى وما اشبهه من الوسائل وهذه النصوص موردها معلوم المالك فلا تشمل المقام كما أن الاخبار الواردة في اللقطة الدالة على وجوب التعريف سنة لاتشمل المقام فالنتيجة ان دليل وجوب الايصال الى المالك والفحص عنه الاية الشريفة .

وربما يقال: بأنه لايجب الايصال الى المالك بل يجوز التصدق به والدليل عليه جملة من النصوص :

منها : ما رواه علي بن أبي حمزة قال كان لي صديق من كتاب بني امية فقال لي : استأذن لي على أبي عبدالله عليه السلام فاستأذنت له « عليه » فأذن له فلما أن دخل سلم وجلس ثم قال: جعلت فداك اني كنت في ديوان هؤلاء القوم فأصبت من دنياهم مالا كثيراً وأغمضت في مطالبه فقال أبو عبدالله عليه السلام : لولا ان بني امية وجد والهم من يكتب ويجبيء لهم الفيء ويقاتل عنهم ويشهد جماعتهم لما سلبونا حقنا ولو تركهم الناس وما في أيديهم ما وجدوا شيئاً الا ما وقع في ايديهم قال : فقال الفتى : جعلت فداك فهل لي مخرج منه ؟ قال : ان قلت لك تفعل ؟ قال : أفعل قال له : فاخرج من جميع ما كسبت « اكتسبت » في ديوانهم فمن عرفت منهم رددت عليه ماله ومن لم تعرف تصدقت به وأنا أضمن لك على الله عزوجل الجنة فأطرق الفتى طويلا ثم قال له: لقد فعلت جعلت فداك الحديث(*٢)

---

١) الوسائل الباب ٧ من أبواب اللقطة الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

• • • • • • • • • • • • • •

وهذه الرواية ضعيفة بالبطائني وابن بندار .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل ترك غلاماً له في كرم له يبيعه عنباً أو عصيراً فانطلق الغلام فعصر خمراً ثم باعه قال : لا يصلح ثمنه ثم قال: ان رجلا من ثقيف اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم راويتين من خمر فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فاهريقتا وقال: ان الذى حرم شربها حرم ثمنها ثم قال أبو عبدالله عليه السلام: ان افضل خصال هذه التي باعها الغلام أن يتصدق بثمنها (* ١) والظاهر ان سند الرواية لا بأس به .

ومنها: ما رواه أبو أيوب قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام: رجل أمر غلامه أن يبيع كرمه عصيراً فباعه خمراً ثم أتاه بثمنه فقال : ان احب الاشياء الي أن يتصدق بثمنه (* ٢) والسند ضعيف بمعلى .

ومنها : ما رواه علي بن ميمون الصائغ قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عما يكنس من التراب فأبيعه فما أصنع به؟ قال: تصدق به فامالك واما لأهله الحديث (* ٣) والسند ضعيف بابن ميمون .

ومنها: ما رواه علي الصائغ قال: سألته عن تراب الصواغين وانا نبيعه قال: أما تستطيع أن تستحله من صاحبه ؟ قال : قلت : لا اذا أخبرته اتهمني قال : بعه قلت بأي شيء نبيعه ؟ قال : بطعام قلت : فأي شيء أصنع به ؟ قال : تصدق به امالك واما لأهله (* ٤) والسند مخدوش بالاضمار وبعلي مضافاً الى أن موردها معلوم المالك .

ومنها : ما رواه أبو علي بن راشد قال : سألت أبا الحسن عليه السلام قلت

---

١) الوسائل الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

٣) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الصرف الحديث : ١

٤) نفس المصدر الحديث : ٢

جعلت فداك اشتريت أرضا الى جنب ضيعتي بالفى درهم فلما وفيت المال خبرت ان الارض وقف فقال : لايجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في مالك وادفعها الى من وقفت عليه قلت : لاأعرف لها رباً قال : تصدق بغتلها (* ١) والسند ضعيف بالرزاز .

اذا عرفت ماتقدم فاعلم ان النسبة بين دليل التصدق ووجوب الايصال العموم من وجه فان دليل وجوب الايصال خاص من حيث اختصاصه بمورد يمكن فيه الايصال اذ كل تكليف مشروط بالقدرة وعام من حيث المورد اذ لااختصاص له بمجهول المالك والدليل الدال على الصدقة مختص بمجهول المالك وان أبيت عن اختصاص دليل التصدق بمجهول المالك وقلت: لايختص الدليل به بل مطلق قلت : على هذا التقدير تكون نسبة الاية الى الرواية نسبة الخاص الى العام اذ الاية تختص بمورد التمكن بخلاف الرواية فتكون الاية أخص ولا اشكال في تقدم الخاص على العام .

وأما على تقدير الالتزام بكون التعارض بالعموم من وجه نقول : يقع التعارض بين الدليلين في مورد يمكن الايصال ولابد من الاخذ بدليل وجوب الايصال وذلك لوجهين :

احدهما: ان العموم الوضعي يقدم على العموم الاطلاقي والعموم الكتابي وضعي فان « الامانات » جمع محلى باللام وقد ثبت في محله انه وضع للعموم وعموم الرواية اطلاقي .

ثانيهما : ان ما خالف الكتاب لااعتبار به . والعجب من سيدنا الاستاد حيث ذهب في المقام وأمثاله الى تقديم الكتاب بدعوى: ان الرواية مخالفة للكتاب فلا

١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب عقد البيع وشروطه

اعتبار بهاومع ذلك يرى ان الخبرين المتعارضين بالعموم من وجه يتساقطان في مورد التعارض فلاتصل النوبة الى الاخبار العلاجية والحال ان التعارض بالعموم من وجه بالاطلاق ان صدق عليه التعارض فما الوجه في التساقط؟ بل لابد من العلاج وان لم يصدق عليه التعارض لقابلية كل واحد من الدليلين أن يكون قرينة على الدليل الاخر فما الوجه في سقوط الاطلاق المعارض للكتاب فلاحظ وتأمل فيما قلناه.

فالنتيجة: ان الواجب ايصال المجهول مالكه الى مالكه ثم انه مع العلم بامكان الايصال يجب كما انه مع اليأس لايجب أما لو شك في القدرة فربما يقال : بأن مقتضى اصالة البراءة عدم وجوب الفحص ولكن الحق ان البراءة لاتجري مع الشك في القدرة فانه على خلاف السيرة العقلائية مضافاً الى أنه يلزم تفويت المصالح.

ثم انه هل يجوز أو يجب أعطاء المجهول مالكه لمن يدعيه بعد الفحص عن المالك واليأس عنه أولا يجوز الا مع التوصيف كاللقطة أو لاهذا ولاذاك بل اللازم الثبوت الشرعي والا فيجب التصدق به ؟ ربما يقال : بأنه يجوز أو يجب اعطائه لمن يدعيه بدعوى دلالة خبر منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت عشرة كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس فقالوا كلهم : لاوقال واحد منهم : هو لي فلمن هو ؟ قال : للذي ادعاه (* ١) .

فان المستفاد من هذه الرواية ان دعوى ملكية شيء بلامعارض مسموعة وهذه الرواية لابأس بسندها فان الشيخ رواها بطريقه الى محمد بن احمد بن يحيى ولكن الاشكال في دلالتها على المدعى اذ الرواية واردة في الكيس الذي تحت يد جماعة ولا ملازمة بين المورد وبقية الموارد من حيث الحكم فلعل المورد له خصوصية ومقتضى الاصل في بقية الموارد عدم كون المدعي مالكاً .

---

١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب كيفية الحكم والدعاوى

. . . .

وملخص الكلام انه لاتـدل الرواية على مالكية المدعي على الاطلاق وعلى تقدير الدلالة يجب الاعطـاء فالامر دائر بين الوجوب والحرمة لابين الوجوب والجوازفلاحظ وأماجواز الاعطاءمع التوصيف في مورد حصول العلم أوالاطمينان بصدق الواصف فلااشكال في وجوب الاعطاء لوجوب رد المال الى المالك وأما مع عدم حصول الاطمينان فلا وجه للاعطاء اذعلى تقدير كون التوصيف مؤثراً فهو مخصوص بباب اللقطة ولا وجه لتسريته الى المقام فالمتعين هو الوجه الاخير عملا بدليل وجوب التصدق .

ثم انه يقع الكلام في أنه يكفي مطلق الفحص أو يجب سنة أو يجب الى أن يحصل اليأس عن الوصول؟ ربما يقال: بأن الطبيعي يحصل ببعض أفراده وحيث ان الفحص يحصل بمطلقه فلا يجب الزايد عليه .

ويرد عليه ان المستفاد من الاية الايصال الى المالك والفحص مقدمة له فلا معنى لهذا البيان وبعبارة اخرى : الواجب على الضامن ايصال المال الى مالكه لا الفحص عنه كي يقال بأنه يحصل بالطبيعي .

وربما يقال : بأنه يجب الفحص سنة وفيه: انه لادليل عليه وما ورد في اللقطة اجنبي عن المقام كما هو ظاهر ولا وجه القياس مضافاً الى ما ورد في حديث معاوية بن وهب (* ١) من التأكيد في الطلب ان قلت : يستفاد من حديث حفص (*٢) انه يجب التعريف سنة قلت : اولاان الرواية ضعيفة كما مر وثانياً : انه حكم وارد في مورد خاص الا أن يقال : ان العرف يفهم انه حكم مجهول المالك فتحصل: ان الحق وجوب الفحص الا أن يحصل اليأس من الوصول .

---

١) لاحظ ص : ٢٢

٢) لاحظ ص : ٢١

. . . .

ثم ان اجرة الفحص عن المالك هل على ذي اليد أو على المالك أو على بيت المال ؟ قد فصل سيدنا الاستاد في المقام وقال : « تحقيق المسألة يقتضي أن يقال : ان اخذ المجهول مالكاً ان كان على وجه شرعي وباذن من الشارع كاللقطة وامثالها فلا تكون الأجرة على الاخذ بل تكون على المالك وذلك لوجهين :

احدهما: قوله تعالى « ما على المحسنين من سبيل » (* ١) فان تحريم الاخذ واخذ الأجرة منه نحو من سبيل وهو منفي .

ثانيهما : دليل نفى الضرر ويؤيد المدعى قوله تعالى « هل جزاء الاحسان الا الأحسان » (*٢) ان قلت : يجب الفحص عن المالك وقد فرض ان الفحص يتوقف على بذل المال فلا مورد لنفى الضرر قلت :اولاً : ان التوقف على صرف المال لايختص بالصرف من كيس الاخذ بل يتوقف على طبيعي الصرف فلادليل على وجوبه من كيسه .

وثانياً : الفحص دائماً لايتوقف على صرف المال بل قد يتوقف واخرى لايتوقف فلا مانع من رفع اليد عن اطلاق الدليل بحديث لاضرر وأما ان كان على غير وجه شرعي وبدون الاذن فلا اشكال في أن اجرة الفحص عليه اذ ليس أخذه احساناً كي يشمله دليل نفي السبيل على المحسنين وأما دليل نفي الضرر فلايشمل المقام لأنه حكم امتناني ونفيه عن الاخذ خلاف الامتنان على المالك .

وبعبارة اخرى : ان الاخذ حيث أخذه ووضع يده على مال الغير بلا اذن مالكي أوشرعي يجب عليه ايصاله الى مالكه ولو مع التوقف على بذل المال ومن هنا

---

١) التوبة/٩١

٢) الرحمن/٦٠

اشتهر ان الغاصب يؤخذ باشق الأحوال ومما يؤكد المدعى ما عن علي عليه السلام مرسلا « الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها » (* ١) هذا .

والذي يختلج بالبال أن يقال : أما في صورة جواز الأخذ فيجب على الاخذ الفحص مقدمة للايصال ولا ضمان عليه لقاعدة نفي السبيل على المحسن فيأخذ من المالك أو من مجهول المالك باذن الحاكم والظاهر انه لاوجه للاخذ من بيت المال كما في كلام سيدنا الاستاد اذ الظاهر انه لادليل على جوازه وأما ان كان الأخذ على غير وجه شرعي فلامجال للتوسل الى قاعدة نفي السبيل اذ المفروض انه ليس محسناً وعليه نقول : اذا قلنا بأن دليل لاضرر لايستفاد منه الا حرمة الاضرار كما بنينا عليه فلا مجال للبحث عن مفاد القاعدة لانتفاء الموضوع فيجب على الاخذ صرف المال من باب مقدمة الواجب ولا دليل على نفي الوجوب على الفرض وأما لو لم نقل بهذه المقالة وتكلمنا على طبق مذهب القوم فنقول : لامانع من التمسك بقاعدة نفي الضرر وكونه خلاف الامتنان بالنسبة الى المالك لايوجب عدم شمولها للاخذ فان الامتنان لابد من تحققه بالنسبة الى من تتحقق القاعدة بالنسبة اليه لا بالنسبة الى كل احد لكن يقع التعارض في مدلول القاعدة بين المالك والاخذ وحيث لاترجيح تسقط القاعدة عن الاعتبار فيجب الفحص وصرف المال بلا أخذه من المالك وأما ما اشتهر من « أن الغاصب يؤخذ باشق الأحوال » فلا دليل عليه وأما المرسل فلا اعتبار به للارسال .

ومما ذكرنا علم ما لو كان الفحص حرجياً حرجاً زائداً على المتعارف بحيث لايكون قابلا للتحمل عادة فان وجوب الفحص يسقط لدليل نفي الحرج في الشريعة ان قلت: انه خلاف الامتنان بالنسبة الى المالك وحكم نفي الحرج امتناني قلت

---

١) الوسائل الباب ١ من ابواب الغصب الحديث : ٥

. . . .

لابدمن كونه امتنانياً بالنسبة الى من يصدق ويتحقق لابالنسبة الى غيره وبعبارة اخرى لايلزم أن يكون نفي التكليف الحرجي عن شخص امتنانياً بالنسبة الى غيره فلا تغفل .

وربمايقال: بأن مجهول المالك ملك للامام عليه السلام والدليل عليه مارواه داود بن أبي يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رجل: اني قد أصبت مالاواني قد خفت فيه على نفسي ولو أصبت صاحبه دفعته اليه وتخلصت منه قال: فقال أبو عبدالله عليه السلام والله لو اصبته كنت تدفعه اليه ؟ قال : أي والله قال: فحلف فقال فأنا والله ماله صاحب غيري قال : فاستحلفه أن يدفعه الى من يأمره قال : فقال فاذهب فاقسمه في اخوانك ولك الامن مما خفت منه قال: فقسمته بين اخوانى(*١) وهذه الرواية لاتثبت المدعى وقاصرة عن الاثبات سنداً ودلالة أما سنداً فلان لها طريقين :

احدهما: طريق الكليني ثانيهما: طريق الصدوق أما طريق الكليني ففيه موسى بن عمرو وهو لم يوثق وفي طريق الصدوق حسن بن علي بن عبدالله مغيرة وهو لم يوثق فالسند ساقط عن الاعتبار وأما دلالة فمن الممكن ان ما وقع مورد السؤال مال شخصي فقد عنه عليه السلام أو كان تركة لمن لا وارث له غيره عليه السلام أو كان من صفو دار الحرب الذي هو خاص للامام عليه السلام ولايستفاد من الرواية حكم كلي والوجه في أمره عليه السلام بالتصدق يمكن ان يكون من جهة رفع التهمة عنه عليه السلام أو الاحسان الى الفقراء ومجمل القول انه ليس في الرواية دلالة على حكم مطلق مجهول المالك فلاحظ .

---

١) الوسائل الباب ٧ من ابواب اللقطة الحديث : ١

. . . .

وأما حديث محمد بن القاسم بن الفضيل بن يسار عن أبي الحسن عليه السلام في رجل كان في يده مال لرجل ميت لايعرف له وارثاً كيف يصنع بالمال ؟ قال: ما أعرفك لمن هو يعني نفسه (* ١) فهو ضعيف بعباد .

وربما يقال : ان مجهول المالك ملك لمن وضع يده عليه بعد اخراج خمسه فيكون كبقية الفوائد والدليل عليه ما رواه علي بن مهزيار قال: كتب اليه أبو جعفر عليه السلام وقرأت أنا كتابه اليه في طريق مكة قال: ان الذي أوجبت في سنتي هذه الى أن قال: فأما الغنائم فهي واجبة عليهم في كل عام قال الله تعالى: «واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ان كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان والله على كل شيء قدير » فالغنايم والفوائد يرحمك الله فهي الغنيمة يغنمها المرء والفائدة يفيدها والجايزة من الانسان للانسان التي لها خطر والميراث الذي لايحتسب من غير أب ولا ابن ومثل عدو يصطلم فيؤخذ ماله ومثل مال يؤخذ ولا يعرف له صاحب الحديث (* ٢) .

والحديث لابأس به من حيث السند اذ طريق الشيخ قدس سره اليه معتبر في الجملة فلا يرد شيء على الرواية من حيث السند وأما من حيث الدلالة فعن المحقق الهمداني قدس سره انه استظهر من الرواية هذا الرأي وان مجهول المالك ملك لمن وضع يده عليه وعن الايرواني قدس سره ان الرواية صريحة في جواز التملك .

وأورد سيدنا الاستاد على الاستدلال بالرواية اولا : ان هذه الرواية واردة في بيان موارد الخمس على نحو القضية الحقيقية وان كل مورد جاز التملك يكون

---

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب ميراث الخنثى وما اشبهه الحديث : ١٢

٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب ما يجب فيه الخمس الحديث : ٥

. . . .

فيه الخمس وأما هذا الكلي في أي مورد يتحقق فالرواية ساكتة عنه .

وثانياً: ان الخبر ليس صريحاً فيجواز التملك بلغايةما في الباب أنتكون مطلقة بالنسبة الى جواز التملك فنقيده بدليل التصدق .

ويرد عليه : ان الظاهر مـن الرواية بحسب الفهم العرفي ان المال المأخوذ لاخذه ويجب فيه الخمس .

وبعبارة اخرى : ان الرواية فيمقام بيان الفوائد التييفيدها الانسان وتكون له غاية الأمر يجبعليه الخمس وهذا الظهورغيرقابل للانكار والعرفببابك اضف الى ذلكان سيدنا الاستادلم يلتزم بوجوب الخمس في مورد مجهول المالكحتي فيمورد جوازالتملك فيرجع الىأنالأغماضعن هذه الفقرة منالحديث بلاوجه.

وفي بعض الكلمات: انالظاهرمنالخبر ارادةاللقطة وحكم اللقطة التملكبعد التعريف . وفيه: انه لاشاهد علىهذه الدعوى بلالمستفاد منالرواية مطلق مجهول المالك مضافاً الى أن الاصحاب لم يلتزموا بوجوبالخمس فياللقطة بعدالتملك والحالانه لاوجهللاغماضعنهذه الفقرة كما ذكرنا والأنصافاندلالةالرواية على المدعى تامة وحيث ان سندها تام لاوجه لرفع اليد عنها اذ قد ذكرنا في محله ان اعراض المشهور عن رواية معتبرة لايسقطها عـن الاعتبار فبحسب الصناعة لامانـع من العمل بالرواية ولاتنافي بين هذه الرواية ورواية محمد بـن مسلم (* ١) اذ حديث ابن مهزيـار مختص بمورد مجهول المالك حسب الظهور وخبرابن مسلم مطلق يشمل مورد معرفة المالك هذا اولا وثانياً : قـد ذكر في رواية ابن مسلم ان أفضل الخصال التصدق والظاهر انه لاتنافي بين جواز التملك واستحباب التصدق وعلى فرض التنافي نجعل حديث ابن مهزيار مقيداً لرواية ابن مسلملكون حديث

---

١) لاحظ ص : ٢٤

. . . .

ابن مسلم اعم مورداً من تلك الرواية .

ولكن لايخفى انه يقع التعارض بين هذه الرواية وقوله تعالى: « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها » (*١) بالعموم من وجه فان عموم الاية يشمل جميع الامانات ويختص موردها بصورة التمكن من الايصال والرواية تشمل صورة عدم التمكن من الايصال ففي صورة امكان الايصال يقع التعارض بين الدليلين وتقدم الاية لوجهين :

احدهما : ان العموم الوضعي مقدم على العموم الاطلاقي: ثانيهما: ان الخبر المباين مع الكتاب بالتباين الجزئي ترفع اليد عنه ويؤخذ بالكتاب فالنتيجة ان مجهول المالك يجب ايصاله الى المالك مع فرض الامكان وأما مع عدم الامكان فيجوز تملكه بمقتضى حديث ابن مهزيار .

ومما يدل على صيرورة مجهول المالك للاخذ ما رواه هشام بن سالم قال : سأل حفص الأعور أباعبدالله عليه السلام وأنا حاضر فقال :كان لأبي أجير وكان له عنده شيىء فهلك الاجير فلم يدع وارثاً ولاقرابة وقد ضقت بذلك كيف أصنع ؟ قال : وأيك المساكين رأيك المساكين فقلت : اني ضقت بذلك ذرعاً قال : هو كسبيل مالك فان جاء طالب أعطيته (*٢) .

لكن المستفاد من هذه الرواية ان من لاوارث له حكمه كذا ومن الظاهر ان من لاوارث له يكون وارثه الامام عليه السلام فالمستفاد ان من وضع يده على مال ينتقل اليه بعد هلاكه اذا كان وارثه الامام .

وربما يقال : انه يجوز للواجد التصرف في مجهول المالك والتصدق به شيئاً

---

١) النساء / ٦١

٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى وما اشبهه الحديث ١٠

. . . .

فشيئاً والدليل عليه ما رواه نصر بن حبيب صاحب الخان قال : كتبت الى عبد صالح عليه السلام : لقد وقعت عندي مائتا درهم وأربعة دراهم وأنا صاحب فندق ومات صاحبها ولم أعرف له ورثة فرأيك في اعلامي حالها وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعاً فكتب اعمد فيها واخرجها صدقة قليلا قليلا حتى يخرج (* ١) .

والرواية ساقطة عن درجة الاعتبار فان نصر راوي الخبر لم يوثق فلا تصل النوبة الى معارضتها مع حديث الهيثم بن أبي روح صاحب الخان قال : كتبت الى عبد صالح عليه السلام اني أتقبل الفنادق فينزل عندي الرجل فيموت فجأة ولا أعرفه ولا أعرف بلاده ولا ورثته فيبقى المال عندي كيف أصنع به؟ ولمن ذلك المال؟ قال : اتركه على حاله (*٢) .

مضافاً الى أن خبر الهيثم ايضاً ضعيف به فلاحظ . وربما يقال : يجب حفظ مجهول المالك والايصاء به عند الوفاة والدليل عليه ما رواه هشام (*٣) وهذه الرواية موردها الحق والكلام في المقام في العين مضافاً الى أنها تدل انه كسبيل ماله .

ويمكن الاستدال على المدعى بما رواه هشام بن سالم قال: سأل حفص الأعور أباعبدالله عليه السلام وأنا عنده جالس قال : انه كان لأبي أجير كان يقوم في رحاه وله عندنا دراهم وليس له وارث فقال أبوعبدالله عليه السلام: تدفع الى المساكين ثم قال : رأيك فيها ثم أعاد عليه المسألة فقال له مثل ذلك فأعاد عليه المسألة ثالثة فقال أبوعبدالله عليه السلام: تطلب وارثاً فان وجدت وارثاً والافهو كسبيل مالك ثم

---

١) نفس المصدر الحديث : ٣

٢) نفس المصدر الحديث : ٤

٣) لاحظ ص : ٢١

. . . .

قال: ماعسى أن يصنع بها ثم قال: تو ص بها فان جاء طالبها و الافهي كسبيل ماله(*١).

وقال سيدنا الاستاد في هذا المقام : ان الرواية ناظرة الى الحق الكلي فلا يستفاد منها حكم العين الخارجية وثانياً أورد بأن الحكم وارد في مورد شخصي ولا يستفاد من الرواية الحكم الكلي . والظاهر عدم ورود شيء من الايرادين أما الايراد الاول فيدفعه ان المذكور في الرواية «ان له عندنا دراهم» وهذه الجملة لو لم تكن نصاً في العين فلا اشكال في ظهورها فيها .

وأما الايراد الثاني فيدفعه ان المستفاد من الرواية بحسب الفهم العرفى ان ما أفاده عليه السلام حكم مجهول المالك كما في نظائر المقام نعم يتوجه اشكال وهو ان الظاهر من الرواية بيان حكم مورد يكون المالك معلوماً غاية الأمر انه لا يمكن الايصال اليه فلا يعارض هذه الرواية حديث ابن مهزيار اذ ذلك الحديث مورده مجهول المالك فلا يتحد موردهما ويمكن أن يقال: ان المستفاد من الرواية ان الاجير هلك ولا وارث له فالمال للامام عليه السلام فمفاد هذه الرواية كمفاد حديث هشام(*٢).

وربما يقال : بأنه يجب دفع مجهول المالك الى الحاكم لأنه ولي الغائب ويرد عليه : انه لادليل على ولاية الفقيه على الامور كولاية الامام عليه السلام وانما ولايته من باب الحسبة ولابد من الاقتصار فيها على المقدار المعلوم والمقام ليس كذلك كما انه مع وجود الاب والجد لاولاية للحاكم على الصغير فانه لو استفيد وجوب التصدق به فلا يجوز الدفع الى الحاكم . ان قلت : يجب الدفع اليه من باب كونه ولياً أو من باب كونه أعرف بموارد الصرف .

قلت : أما كونه ولياً فقد ظهر فساده وأما كونه اعرف فباعتبار اصل الحكم

---

١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الدين والقرض الحديث : ٣

٢) لاحظ ص : ٣٣

. . . .

فنعم لكن بعد السؤال والتعلم يكون من يقلده مثله وأما بالنسبة الى الموضوع فليس الامر كذلك بل ربما يكون المقلد اعرف مضافاً الى أنه لادليل على تعين الاعرف فالنتيجة انه لادليل على وجوب الدفع الى الحاكم .

اذا عرفت ما تقدم فاعلم انا نذكر فروعاً في المقام ونتعرض لدليل كل واحد منها ونستمد من المولى جل جلاله : الفرع الاول :

اذا وقع عين لايعلم لها مالك في يد المكلف ويمكنه الفحص عن مالكه يجب الفحص بمقتضى قوله تعالى في سورة النساء « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها » (* ١) فلو فحص عن المالك ووجده اعطاه اياها ولو فرض ان الفحص كان حرجياً يسقط وجوب الفحص لدليل نفى الحرج ولو كان ضررياً فتارة يكون وضع اليد على المال باذن من الشارع واخرى لايكون باذنه أما على الاول فلا ضمان على الاخذ وقلنا سابقاً انه يؤخذ من المالك لقوله تعالى في سورة التوبة « وما على المحسنين من سبيل » (* ٢) .

وأما على الثاني فعلى مسلك المشهور في قاعدة نفي الضرر يتعارض ضرر الغاصب والمالك وبعد التعارض تسقط القاعدة ولابد من تحمل الضرر والفحص وأما على ما سلكناه في مفاد القاعدة فيجب الفحص وتحمل الضرر وأما لو فحص فلم يجد المالك ويأس من الوصول اليه فتكون العين ملكاً للاخذ ويجب عليه التخميس لحديث ابن مهزيار (* ٣) ولاتعارض بين هذا الحديث وما رواه محمد بن مسلم (* ٤) اذ المستفاد من حديث ابن مسلم ان الثمن أفضل خصاله التصدق

---

١) النساء/ ٦١
٢) التوبة/ ٩١
٣) لاحظ ص : ٣١
٤) لاحظ ص : ٢٤

. . . .

فلا تنافي بين التملك وكون التصدق أفضل مضافاً الى أنه يمكن أن يقال: ان حديث ابن مسلم اعم من حديث ابن مهزيار لان حديث ابن مهزيار ظاهر في مجهول المالك وحديث ابن مسلم اعم وان أبيت وقلت : يكون الخبران متعارضين كان الترجيح مع حديث ابن مهزيار لتأخره وكونه احدث وهو من المرجحات على مسلكنا .

الفرع الثاني : لو كانت العين معلومة المالك لكن لايمكنه الوصول اليه والظاهر ان حكمه التصدق والدليل عليه حديث محمد بن مسلم (* ١) ويؤيد المدعى ما رواه يونس (* ٢) والحديث ضعيف سنداً بالعبيدي .

الفرع الثالث: لو هلك صاحب العين ولاوارث له تكون العين للاخذ والدليل عليه احاديث هشام (* ٣) .

الفرع الرابع: انه لو وقعت عين في يد المكلف وكان مالكها معلوماً مشخصاً لكن لايمكن الوصول اليه .

ولا يبعد أن يكون حكمها التصدق لاطلاق حديث ابن مسلم (* ٤) فان اطلاق هذا الحديث يقتضي أن يتصدق به وعلى هذا هل يمكن الالتزام بأن حكم مال الامام عليه السلام كذلك بأن يتصدق به ؟ الظاهر انه ليس كذلك والوجه فيه انه مادام يمكن الايصال اليه لاتصل النوبة الى الصدقة . وبعبارة اخرى : يحرم التصرف في مال الغير وحيث انه عليه السلام يرضى بصرف ماله في بعض الوجوه فلا تصل النوبة الى الصدقة .

---

١) لاحظ ص : ٢٤

٢) لاحظ ص : ٢٢

٣) لاحظ ص : ٢١ و٣٣ و٣٤

٤) لاحظ ص : ٢٤

. . . .

وان شئت قلت : صرفه في مورد العلم برضاه نحو من الايصال فيقدم على الصدقة . ان قلت : كيف يمكن التصدق بمجهول المالك بعد فرض ان التصدق نحو من التصرف ؟ قلت : الأمر كذلك لكن بعد وجود دليل الجواز لاتصل النوبة الى هذا الاشكال .

ان قلت : الأمر بالتصدق حيث انه وارد في مقام توهم الحظر لايدل على الوجوب مضافاً الى أن المذكور في حديث ابن مسلم (* ١) ليس بصورة الأمر فكيف نلتزم بوجوب التصدق ؟ قلت : الامر الواقع في مقام توهم الحظر يتصور فيما نهى المولى من شيء ثم يأمر به كالأمر بالصيد بعد النهي عنه أو يكون المقام مقام النهي وفي المقام ليس كذلك وأما حديث ابن مسلم (* ٢) فالمستفاد منه ان احسن عمل يعمل في المال المذكور أن يتصدق به وحيث ان ابقاء المال نحو تصرف فيه وليس عليه دليل فبحكم العقل يلزم التصدق به ولا يبعد أن يستفاد من قوله عليه السلام « أفضل خصال » الخ الزام التصدق به . وبعبارة اخرى : يكون المراد من الأفضل التعين كما يستعمل كثيراً في اللغة العربية وغيرها من اللغات فتأمل .

الفرع الخامس : لو تلفت العين في يد الاخذ فتارة لايكون التلف موجباً للضمان واخرى يكون موجباً له أما على الاول ـ كما لو كان الأخذ باذن الشارع ولم يكن التلف بتفريط من ناحية الأخذ ـ فالأمر ظاهر اى ليس على الاخذ شيء وأما على الثاني : فالذمة مشغولة ولابد من ابرائها ولا يبعد أن يستفاد من حديث ابن مسلم (*٣) وجوب التصدق اذ العرف لايفهم فرقاً بين العين والدين من هذه

---

١) لاحظ ص : ٢٤

٢) لاحظ ص : ٢٤

٣) لاحظ ص : ٢٤

. . . .

الجهة .

الفرع السادس : ان هذه الصدقة عن المالك أوعن الآخذ أو لاهذا ولاذلك؟ الحق هو الثالث اذ ليس في حديث ابن مسلم الالزام بنحو خاص ومقتضى قوله عليه السلام : « أن يتصدق بثمنه » وجوب التصدق .

الفرع السابع : ان الصدقة هـل توجب ضمان المتصدق أم لا ؟ الذي يختلج بالبال أن يقال : ان اليد الموضوعة على العين تارة لاتكون يد ضمان من اول الأمر واخرى تكون اليد يد ضمان فهنا مقامان :

أما المقام الأول : فالظاهر عدم الضمان لعدم المقتضي اذ المفروض ان وضع اليد باذن من الشارع وما على المحسنين من سبيل فلاتكون اليد ضمانية ولاتشملها قاعدة على اليد وأما دليل الاتلاف فليس مفاد آية أو رواية بل مستفاد من الموارد ولا يمكن أن يشمل المقام اذ الظاهر من دليل التصدق ان وظيفة الاخذ هو التصدق وبه تتم وظيفته ولا يبقى عليه شيء مضافاً الى أنه لو اشتغلت ذمته بالبدل يجب عليه التصدق به وهكذا فيلزم التسلسل وهو مقطوع البطلان فلا مجال لقاعدة الاتلاف واما الدليل الخاص المقتضي للضمان فلم يقم في المقام .

واما حديث ايداع اللص (* ١) الدال على كون مجهول المالك مثل اللقطة فهو ضعيف سنداً واما قياس المقام على باب اللقطة والحكم بأنهما متحدان من حيث الحكم فتخرص بالغيب ويؤيد المدعى حديث البطائني (* ٢) .

واما المقام الثاني فالحق فيه ايضاً عدم الضمان فان مقتضى قاعدة اليد الضمان لكن التصدي بأمر الشارع نحو من الأداء مضافاً الى انه لولاذلك يلزم التسلسل كما تقدم وحديث البطائني يؤيد المدعى .

---

١) لاحظ ص : ٢١

٢) لاحظ ص : ٢٣

. . . .

الفرع الثامن : هل يجب ان يكون التصدق باذن الحاكم الشرعي ام لايلزم؟ الحق هو الثاني لعدم الدليل على ولايته و توقف التصدق على اذنه بل مقتضى الاطلاق عدم اشتراط التصدق باذنه نعم مقتضى الاحتياط ان يكون باذنه خروجاً عن شبهة الخلاف .

الفرع التاسع لو تصدق بمجهول المالك وتكون العين باقية في يد آخذ الصدقة فوجد المالك فهل له ان يأخذ العين من الاخذ ام لا ؟ الحق هو الثاني اذ بعد التصدق بحكم الشارع تصير ملكاً للاخذ ولا دليل على جواز استرداد المالك.

مضافاً الى ان المستفاد من جملة من النصوص عدم جواز الرجوع في الصدقة لاحظ ما رواه الحكم قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : ان والدي تصدق علي بدار ثم بداله أن يرجع فيها وان قضاتنا يقضون لي بها فقال: نعم ما قضت به قضاتكم وبئس ما صنع والدك انما الصدقة لله عزوجل فما جعل لله عزوجل فلا رجعة له فيه الحديث (* ١) .

وما رواه عبدالله بن سنان قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق بالصدقة ثم يعود في صدقته فقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : انما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي يقيء ثم يعود في قيئه (* ٢) .

وما رواه طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عليهم السلام قال: من تصدق بصدقة ثم ردت عليه فلا يأكلها لأنه لاشريك لله عزوجل في شيء مما جعل له انما هو بمنزلة العتاقة لايصلح ردها بعد ما يعتق (*٣) .

---

١) الوسائل الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

٣) نفس المصدر الحديث : ٣

. . . .

وما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قـال : قال رسول الله صلى الله عليه و آله : انما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قيئه (*١) .

وما رواه جراح المدايني عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال : في الرجل يرتد في الصدقة قال : كالذي يرتد في قيئه (* ٢) .

وما رواه علي بن اسماعيل عمن ذكره عن أبي عبدالله عليه في الرجل يخرج الصدقة يريد أن يعطيها السائل فلا يجد قال: فليعطيها غيره ولا يردها في ماله (*٣).

وما رواه محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في حديث قال : لا يرجع في الصدقة اذا ابتغى بها وجه الله عزوجل (* ٤) .

وما رواه سماعة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجـل تصدق بصدقة على حميم أيصلح له أن يرجع فيها قال: لا ولكن ان احتاج فليأخذ من حميمه من غير ما تصدق به عليه (* ٥) .

فان المستفاد من هذه النصوص ان الصدقة لا رجوع فيها ولا يخفى ان مقتضى حديث محمد بن مسلم ان الصدقة لا يرجع فيها على الاطلاق بلا فرق بين المصدق وغيره فليس للمالك الرجوع فلاحظ ويستفاد من بعض النصوص ان قوام الصدقة بكونها لله تعالى لاحظ ما رواه حماد بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا صدقه ولا عتق الا ما الا اريد به وجه الله عزوجل (* ٦) .

---

١) نفس المصدر الحديث ٤

٢) نفس المصدر الحديث : ٥

٣) نفس المصدر الحديث : ٦

٤) نفس المصدر الحديث : ٧

٥) نفس المصدر الحديث : ٩

٦) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

وما رواه ابن اذينة وابن بكير وغيرهم كلهم قالوا: قال أبوعبدالله عليه السلام لاصدقة ولا عتق الا ما اريد به وجه الله عزوجل (* ١) .

الفرع العاشر : هل يعتبر في آخذ الصدقة الفقر أم يجوز الاعطاء للاغنياء أيضاً؟ ربما يقال ـ كما عن صاحب الجواهر قدس سره ـ جوازه بتقريب : ان الادلة باطلاقها يقتضي التسوية بين الفقير والغني ورتب على مرامه جواز دفع سهم الامام عليه السلام الى الاغنياء لأن السهم المبارك حكمه التصدق .

ويرد عليه : ان المتبادر من مفهوم الصدقة اعتبار الفقر في المتصدق عليه ومع الشك في الصدق يلزم الاحتياط لعدم العلم بالبراءة الا بالاحراز وان شئت قلت: ان العين لمالكها ولابد من رفع الضمان والخروج عن العهدة احراز الطريق الشرعي ولا يحرز الا مع رعاية القيد المزبور اضف الى ذلك قوله تعالى «انما الصدقات للفقراء والمساكين الاية » (*٢) .

وفي الاستدلال بالاية على المدعى نظر اذ الظاهر ان الاية ناظرة الى بيان مصارف الزكاة الواجبة فان الاوصاف المذكورة في الاية مصارف الزكاة ومن الظاهر ان الاية لاتقبل التبعيض بأن يقال : ان الصدقة الواجبة للفقراء على الاطلاق والزكاة خاصة للاصناف وبعبارة واضحة: الاية خاصة ببيان مصارف الزكاة فلادلالة لها على مصرف الصدقة على نحو الاطلاق . نعم لااشكال في أن السيرة الخارجية جارية على عدم اعطاء الصدقة للغني فلابد من اتمام الأمر بالسيرة والتسالم والاجماع ان تم .

الفرع الحادي عشر : انـه هل يجوز اعطاء الصدقة للهاشمي أم لا ؟ وقـد تعرضنا لهذه الجهة وتكلمنا حولها فـي كتاب الزكاة في ذيل مسألة (٦٩) فراجع

---

١) نفس المصدر الحديث : ٣

٢) التوبة/٦٠

وان كان الحيوان لايقوى على الامتناع جاز اخـذه كالشاة واطفال الابل والبقر والخيل والحميرو نحوها [١] فان اخذه عرفه في موضع

المجلد السادس من هذا الكتاب ص : ٥٠١ ـ ٥٠٣ .

الفرع الثانيعشر : هل يجوز وضع اليد على مجهول المالك بعنوان ايصاله الى المالك أو التصدق بـه بعد وضع الغيريده عليه أم لا ؟ يمكن أن يقال : بأنـه اذا كان الوضع السابق بعنوان التملك والتصاحب فلا يجوز واذاكان الغير يكون تصرفه ووضعه يده على المال عدوانياً فلااشكال في الجواز اذاكان بقصد الاحسان وايصال المال الى صاحبه أو العمل بالوظيفة المقررة وأما اذاكان السابق ايضاً يريد الايصال والاحسان فتارة يرضى بوضع الغير يده على العين فالظاهر انه لامانع من الوضع الثاني واخرى لايرضى وفي هذه الصورة لانرى مانعاً من الوضع اذاكان بقصد الاحسان وايصال المال الى صاحبه اذ اطلاق الأدلة بالنسبة الى كلا الشخصين على السواء والله العالم .

١) عن التذكرة : نسبته الى علمائنا وعن بعض الاعيان: دعوى الاجماع على الجواز وعن بعض اجماع العامة على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف لـه أكلها واستدل على الجواز أيضاً : بأنه في معرض التلف لعدم قدرته على الامتناع فهو كالتالف ويدل على الجواز بعض النصوص لاحظ ما رواه هشام بن سالم (*١) وما رواه معاوية بن عمار (* ٢) .

ومـا رواه ابن أبي يعفور قال : قـال أبو عبدالله عليه السلام : جاء رجل من المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيام ويسأل عن صاحبها

---

١) لاحظ ص : ١٧

٢) لاحظ ص : ١٥

الالتقاط (١) والاحوط أن يعرفه في ما حول موضع الالتقاط أيضاً (٢) فان لم يعرف المالك جاز له تملكها والتصرف فيها بالاكل والبيع (٣) والمشهور انه

فان جاء صاحبها والا باعها وتصدق بثمنها (* ١) .

وما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحل له ؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : هي لك أو لأخيك أو للذئب فخذها وعرفها حيث اصبتها فان عرفت فردها الى صاحبها وان لم تعرف فكلها وأنت ضامن لها ان جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردها عليه (* ٢) فالنتيجة : ان اصل الاخذ لااشكال فيه .

١) كما في رواية علي بن جعفر وعن العلامة في التذكرة : « ان الاقرب عدم وجوب التعريف لقوله صلى الله عليه وآله : « هي لك » بتقريب : ان الظاهر من هذه الجملة تملكها من غير تعريف . وفيه: انه صلى الله عليه وآله صرح في الرواية بقوله : « عرفها حيث أصبتها » ومع هذا التصريح لامجال لهذا التقريب واستدل صاحب الجواهر قدس سره على عدم وجوب التعريف بالاجماع وحال الاجماع في الاشكال معلوم .

٢) لااشكال في حسن الاحتياط ولكن لم يظهر وجه هذا الاحتياط اذ قد صرح في حديث ابن جعفر (* ٣) بالتعريف حيث أصابه .

٣) كما صرح في حديث ابن جعفر فان قوله عليه السلام « فكلها » ظاهر بل صريح في جواز التملك وربما يقال : بأن حديث ابن جعفر يعارضه حديثه الاخر

---

١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث : ٦

٢) نفس المصدر الحديث : ٧

٣) مر آنفاً

يضمنها حينئذ بقيمتها[1] لكن الظاهر أن الضمان مشروط بمطالبة المالك فاذا جاء صاحبها وطالبها وجب عليه دفع القيمة[2] وجاز له أيضاً ابقائهاعنده الى أن يعرف صاحبها[3]

قال : سألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوباً أو دابة كيف يصنع ؟ قال : يعرفها سنة فان لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها اياه وان مات أوصى بها فان أصابها شيء فهو ضامن (* ١) .

فان مفاد هـذا الحديث وجوب التعريف اولا سنة والحفظ لصاحبه ثانياً فما التوفيق في الجمع بين الحديثين ؟ ويمكن الجواب عن هذا الاشكال : ان النسبة بين الحديثين بالعموم والخصوص لابالتباين فلا تعارض اذ هذاالحديث قد صرح بالدراهم والثوب والدابة في كلام السائل بعد سؤاله عن مطلق اللقطة وفي جواب السائل قال عليه السلام «يعرفها» اى اللقطة فغاية ما في الباب هو الاطلاق ولااشكال في أن الاطلاق قابل للتقييد .

١) قال في الجواهر (* ٢) : وكذا لاخلاف اجده في أن الاخذ بالخيار ان شاء ملكها ويضمن مطلقاً حين النية على وجه يكون ديناً في ديونه كما هو المشهور الى آخر كلامه فهذا هو المشهور .

٢) كما صرح به في حديث ابن جعفر فلاحظ فان مفاد هذا الحديث انالضمان مشروط بمجيء صاحبها ومطالبة ثمنها .

٣) قال المحقق في الشرايع : « وان شاء احتسبها امانة في يده لصاحبها ولا ضمان » وقال في الجواهر فيهذا المقام : « لم اتحقق فيه خلافاً » ويمكن أن يقال بأنه موافق للقاعدة لانه احسان والمفروض ان وضع اليد عليها باذن من مالك الملوك

---

١) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث : ١٣

٢) ج ٣٨ ص : ٢٣٣

ولاضمان عليه حينئذ[1].

(مسألة ٩) : اذا ترك الحيوان صاحبه في الطريق فان كان قد أعرض عنه جاز لكل احدتملكه كالمباحات الاصلية[2] ولاضمان على

فلاريب في أنه احسان وما على المحسنين من سبيل .

١) اذ المفروض انه امين وقد أحسن ولا مقتضي للضمان بل المقتضي لعدمه موجود وهو نفي السبيل على المحسن فلاحظ .

فرعان: احدهما : ان الاخذلو مات بعد التملك فهل يتوجه التكليف الى وارثه بحيث يكون ضامناً مع رجوع المالك ام يختص حكم الضمان بالاخذ ؟ لايبعد القول بالثاني اذ المفروض ان المال انتقل الى الاخذ بالتملك وضمانه بالرجوع قد ثبت وقد دل عليه النص ولا دليل على الضمان مع موت الاخذ .

ثانيهما : انه لو مات صاحب العين فهل ينتقل هذا الحق اي حق الرجوع الى وارثه أم لا؟ الأقوى هو الثاني اذ قابلية انتقال هذا الحق الى الوارث اول الكلام اذ ليس كل حق قابلا للانتقال كحق الحضانة ومن ناحية اخرى انه لادليل على انتقال كل حق الى الوارث .

بقي شيء وهو ان الموضوع للاحكام المذكورة لاتختص ـ كما في كلام الماتن ـ بخصوص الشاة وعليه يتوجه السؤال بأنه ما الوجه في العموم فنقول أما الوجه في عموم الحكم فمضافاً الى عدم الخلاف والاجماع المدعى في المقام جملة من النصوص لاحظ احاديث هشام ومعاوية وعلي بن جعفر (* ١) فان المستفاد من هذه النصوص بالفهم العرفي ان الحيوان الذي لايقوى على الدفاع عن نفسه ولا يكون معرضاً للتلف يجوز وضع اليد عليه وأما الحيوان الذي يقدر على التعيش والدفاع عن نفسه فلايجوز وضع اليد عليه فلاحظ .

٢) بناءاً على كون الأعراض مخرجاً عن الملك كماهو كذلك فانه مقتضى السيرة

---

١) لاحظ ص : ١٧ و١٥ و٤٤

الاخذ[1] واذا تركه عن جهد وكلل بحيث لايقدر أن يبقى عنده ولايقدر أن يأخذه معه فاذاكان الموضع الذي تركه فيه لايقدر فيه الحيوان على التعيش فيه لانه لاماء فيه ولاكلاء ولايقوى الحيوان فيه على السعي اليهما جاز لكل احد اخذه وتملكه[2] وأما اذا كان يقدر الحيوان فيه على التعيش لم يجز لاحد أخذه ولاتملكه[3] فمن

الجارية ويكون خلافه مستنكراً في الاذهان والشاهد عليه انه لو أعرض احد عن لبنات والقاها في المزبلة فأخذهاشخص وتملكها ووضعها في بناء جدار داره فليس للمالك الاول الرجوع اليها وأخذها بل يعد خلافاً للشرع فلاحظ .

وربما يقال ان الاعراض لابد أن يكون ممن له الاهلية ومع الشك يكون مقتضى الأصل عدمه ويرد بأن السيرة جارية على جواز تملك المعرض عنه نعم لو ثبت عدم قابلية المعرض بأن يكون سفيهاً أومجنوناً أوغير بالغ فيشكل الحكم بالجواز وهذا أمر آخر ويظهر من صاحب الجواهر (* ١) ان الحيوان لو تلف في فرض الأعراض لاضمان على الاخذ قطعاً ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه ابن سنان (* ٢) فان التسبب على ما يظهر من مجمع البحرين عبارة عن تركها .

١) لعدم ما يقتضي الضمان .

٢) ادعي انه الا شهر بل ادعي ان عامة المتأخرين عليه ويمكن الاستدلال عليه بما رواه السكوني (* ٣) والرواية محل الكلام سنداً .

٣) فان التفصيل المذكور يظهر من الخبر المزبور وبعبارة اخرى : المستفاد من الخبر المذكور ان المالك تارة يترك الحيوان في مكان يقدر على التعيش بأن

---

١) جواهر الكلام ج ٣٨ ٢٢٩

٢) لاحظ ص : ١٨

٣) لاحظ ص : ١٨

أخذه كان ضامناً له [١] وكذا اذا تركه عن جهد وكان ناوياً للرجوع اليه قبل ورود الخطر عليه [٢] .

(مسألة ١٠) : اذا وجـد الحيوان في العمران وهو المواضع المسكونة التي يكون الحيوان فيها ماموناً كالبلاد والقرى وما حولها مما يتعارف وصول الحيوان منها اليه لم يجز له اخذه [٣] ومن اخـذه ضمنه [٤] ويجب عليه التعريف [٥] ويبقى في يده مضموناً الى أن يؤديه الى مالكه [٦] فان يئس منه تصدق به باذن الحاكم الشرعي [٧] نعم اذا كان غير مأمون من التلف عادة لبعض الطواري لم يبعد جريان حكم

يوجد في ذلك المكان الكلاء والماء واذا لم يوجد ما يرتزق به ويعيش يقدر على التعيش بالسعي الى الماء والكلاء واخرى بتركه في معرض التلف أما على الاول فلا يجوز اخذه وأما على الثاني فيجوز .

١) لقاعدة اليد المقتضية للضمان .

٢) فان الضمان في هذه الصورة أيضاً لقاعدة اليد حيث لم يرخص الاخذ في الأخذ لامن ناحية الشارع ولا من ناحية المالك .

٣) اذ التصرف في مال الغير بغير رضاه حرام ولا مجوز للأخذ .

٤) لقاعدة اليد .

٥) اذ يجب عليه أن يؤديه الى مالكه والتعريف مقدمة له فيجب لوجوب المقدمة بوجوب ذيها .

٦) كما هو مفاد قاعدة على اليد .

٧) قد تقدم الكلام بالنسبة الى هذه الجهة وان مقتضى الادلة وجوب التصدق

غير العمران جواز تملكه في الحال بعد التعريف ومن ضمانه له كما سبق[١] .

(مسألة ١١) : اذا دخلت الدجاجة أو السخلة في دار الانسان لايجوز له أخذها[٢] ويجوز اخراجها من الدار[٣] وليس عليه شيء اذا لم يكن قد أخذها[٤] أما اذا أخذها ففي جريان حكم اللقطة عليها اشكال[٥]

أو جواز التملك بمقتضى حديث ابن مهزيار (* ١) ولا وجه للاعادة فراجع ما ذكرناه هناك .

١) بأن نقول : المستفاد من حديث ابن جعفر (* ٢) ان الحيوان الذي يكون في معرض التلف يكون حكمه كذلك بلا فرق بين العمران وغيرها والحق ان ما أفاده في المتن غير بعيد لكن الجزم به بحيث يفتى به مشكل فلاحظ .

٢) اذ المفروض انه مال الغير ولا يجوز التصرف في مال الغير .

٣) اذ يجوز افراغ الملك عن مال الغير فانه من شئون الملكية والسلطة .

٤) اذ مع عدم الأخذ لاتتحقق قاعدة اليد وبدون الأخذ لامقتضي للضمان .

٥) قال في الجواهر (* ٣) : « وعلى كل حال فلا وجه للتعريف لعدم تناول ادلة التعريف لمثلها كغيرها من اللقطة الغير الجائزة وعلى تقديره فظاهر الخبر المزبور كون التعريف على الوجه المذكور » ومراده من الخبر ما رواه ابن أبي يعفور (*٤) .

---

١) لاحظ ص : ٣١

٢) لاحظ ص : ٤٤

٣) ج ٣٨ ص : ٢٥٢

٤) لاحظ ص : ٤٣

والاحوط التعريف بها حتى يحصل اليأس من معرفة مالكها[١] ثـم يتصدق بها[٢] ولا يبعد عدم ضمانها لصاحبها اذاظهر[٣].

(مسألة ١٢) : اذا احتاجت الضالة الى النفقة فان وجد متبرع بها أنفق عليها[٤] والا أنفق عليها من ماله[٥] ورجع بها على المالك[٦]

فان مقتضى اطلاق هذا الخبر ان الشاة المأخوذة على الاطلاق حكمها كذلك يخرج عن الاطلاق اذا دل الدليل على خلافه ويبقى الباقي لكن الرواية المذكورة ضعيفة بمنصور ومحمدبن موسى وبعد ضعف هذه الرواية وعدم شمول غيرها للمقام لابد من العمل على طبق القاعدة .

١) بـل لعله الأقوى اذ يجب اداء المال الـى مالكه ومن مقدماته الفحص فيجب .

٢) بل لايبعد جواز التملك ووجوب الخمس بمقتضى حديث ابن مهزيار (*١)

٣) لعدم ما يقتضي الضمان فان الاخذ لو تصدق بها بأمر من الشارع فلاوجه لتغريمه بعـده وان شئت قلت : التصدق بأمر الشارع نحو من الاداء ومع الاداء لامجال للضمان فلاحظ .

٤) ولا اشكال فيه .

٥) لأنه مال الغير ويجب حفظه فلابد من الانفاق .

٦) تارة يكون الاخذ غاصباً واخرى يكون اخذه جايزاً أما على الاول فالظاهر عدم جواز الرجوع لأن انفاقه ليس باذن المالك ولا بأمره وكذلك ليس باذن من الشارع اذ المفروض انه غاصب ومجرد عود نفـع الانفاق الى المالك لايقتضي الرجوع اضف الى ذلك ما رواه أبو ولاد قال : قلت قد علفته بدراهم فلي عليه

---

١) لاحظ ص : ٣١ .

. . . .

علفه ؟ قال : لا لأنك غاصب (* ١) .

فان صريح الرواية يدل على أن الغاصب اذا أنفق على المغصوب ليس له الرجوع على المالك مضافاً الى جميع ما ذكرنا ماهو المعروف بين القوم من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال وأما اذا لم يكن غاصباً فما يمكن أن يستدل به على جواز الرجوع وجوه :

الوجه الاول: قاعدة لاضرر بتقريب: ان وجوب الانفاق عليه مع عدم الرجوع ضرر عليه والضرر مرفوع في الشريعة .

ويرد عليه : اولا ان هذا الاستدلال يتم على مسلك المشهور في مفاد لاضرر لاعلى مسلكنا وثانياً : قد ثبت في محله ان القاعدة لاتثبت شيئاً بل مفاد القاعدة النفي .

اضف الى ذلك انه على مسلك المشهور يمكن أن يقال: بأن مقتضى القاعدة عدم وجوب الانفاق اذ المفروض ان الانفاق ضرر فلايجب كبقية الاحكام الضررية التي ترفع بالقاعدة وتوهم عدم جريان القاعدة لكونها خلاف الامتنان بالنسبة الى المالك مدفوع بأن الامتنان يلزم أن يكون بالنسبة الى من تشمله القاعدة لاالغير والمقام كذلك .

الوجه الثاني : حديث أبي ولاد (*٢) فان المستفاد من الرواية ان الغاصب لكونه غاصباً ليس له الرجوع فالمقتضي للرجوع موجود لكن الغصب يمنع عن التأثير فمع عدم كونه غاصباً يجوز الرجوع .

الوجه الثالث : ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن اللقطة اذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها ؟ قال: لا انما يحل

---

١) الوسائل الباب ٧ من أبواب الغصب

٢) لاحظ ص : ٥٠

واذا كان للقطة نماء أو منفعة استوفاه الملتقط ويكون بدل ما أنفقه عليها[1] ولكن بحسب القيمة على الاقوى[2] .

له بيعها بما أنفق عليها (* ١) .

الوجه الرابع : ما ورد من النصوص فيما أنفق على اللقيط لاحـظ احاديث حاتم بن اسماعيل وعبدالرحمن العزرمي ومحمدبن احمد ومحمد بن مسلم(*٢) فان المستفاد منها جواز الرجوع فيما أنفق اذ الظاهر عدم الفرق بين الموردين .

١) فيما يجوز له الاخذ فانه نقل (* ٣) عن الروضة عدم الخلاف في جواز الانتفاع .

٢) ربما يقال : ان هذا بعنوان التقاص واورد عليه بعدم رعاية شرائط التقاص فليس منه . وربما يقال : بأنه في مقابل ما ينفق واعترض عليه: بأن تحقق المعاوضة بين الاخذ والمالك الغائب خلاف القاعدة ولعل كلام الماتن ناظر الى أن المستفاد من النص جواز الانتفاع بحساب القيمة وبذلك المقدار لاحظ ما رواه محمد بن احمد (* ٤) .

ولا حظ ماروا‌ه أبو ولادقال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهناً بماله أله أن يركبه ؟ قال فقال : ان كان يعلفه فله أن يركبه وان كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس أن يركبه (*٥) .

وما رواه السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الظهر يركب اذاكان مرهوناً وعلى الذي يركبه

---

١) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث : ٨

٢) لاحظ ص : ٧

٣) جواهر الكلام ج ٣٨ ص : ٢٦٦

٤) لاحظ ص : ٧

٥) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الرهن الحديث : ١

(مسألة ١٣) : كل مال ليس حيواناً ولا انساناً اذا كان ضائعاً ومجهول المالك وهو المسمى لقطة بالمعنى الاخص[1].

نفقته والدر يشرب «ويشرب الدريه» اذا كان مرهوناً وعلى الذي يشرب نفقته (*١)

فان المستفاد من هذه الأحاديث بحسب الفهم العرفي انه يستفاد من العين بمقدار ما انفق عليها فلا تقاص ولا معاوضة بل اذن من الشارع في الانتفاع بهذا الحساب فلاحظ .

لكن الانصاف ان المسألة محل الاشكال اذ الحديثان الواردان في الرهن انما يدلان على جواز الانتفاع المرتهن فيما ينفق وأما التقدير بلحاظ القيمة فلا يستفاد من الحديثين مضافاً الى أن الحديثين واردان في الرهن وأما حديث محمد بن احمد (* ٢) فالانصاف ان دلالته على المدعى تامة لكن السند مخدوش بمحمد بن احمد فان وثاقة الرجل محل الاشكال والتأمل .

١) قال في الجواهر (* ٣) : « اللقطة لغة وعرفاً كل مال غير الحيوان الذي هو القسم الثاني ضائع اخذ ولا يد عليه ولا يد ملتقط سابق فانه وان صدق عليه انه مال ضائع الا انه سبقت عليه يد الالتقاط » الخ .

وهذا هو المعروف بين القوم في تعريف اللقطة فيخرج بقيد الضياع المال المجهول المالك المحكوم بحكم آخر وبالقيد الثاني وهو الأخذ ما لم يؤخذ المال المطروح وبالقيد الأخير يخرج مالو اخذه من ملتقط آخر فلا يترتب عليه حكم اللقطة ويمكن أن يقال ـ كما في كلام بعض الأصحاب ـ : انه لم يظهر وجه القيد الأخير بعد صدق اللقطة على المال المأخوذ من آخر فهل يمكن أن يقال: اذا أخذ

---

١) نفس المصدر الحديث : ٢

٢) لاحظ ص : ٧

٣) ج ٣٨ ص : ٢٧١

يجوز اخذه على كراهة(١)

انسان لقطة ومات قبل التعريف ثم أخذه آخر لايجب عليه التعريف لأنه أخذه من سابق ؟ فالظاهر ان ما أفاده الماتن في التعريف بلا ذكر القيد الأخير هو الصحيح والله العالم .

ويمكن الاستدلال على الاطلاق باطلاق بعض النصوص لاحظ ما رواه ابن جعفر (* ١) لكن مع الشك في الصدق كيف يمكن الأخذ بالاطلاق مع عدم جواز الأخذ بالدليل في الشبهة المصداقية .

وصفوة القول : انـه مع احتمال القيد لامجال للأخذ بالاطلاق والذي يظهر من اللغة ليس فيه القيد المذكور فلاحظ .

١) لايبعد أن يكون الوجه في الحكم بالجواز مع الكراهة ان المستفاد مـن جملة من النصوص عدم جواز الأخذ لاحظ ما رواه محمد بـن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال: سألته عن اللقطة قال : لاترفعوها فان ابتليت فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك الى أن يجيء لها طالب (* ٢) .

وما رواه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن اللقطة قال: لاترفعها فان ابتليت بها فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك حتى يجيء لها طالب فان لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك (* ٣) .

وما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن

١) لاحظ ص : ٤٤

٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث : ١٠

ولافرق بين ما يوجد في الحرم وغيره[١]

اللقطة يصيبها الرجل قال: يعرفها سنة ثم هي كسايرماله قال: وكان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله : لاتمسوها (* ١) .

ومن ناحية اخرى : لااشكال في جواز الأخذ وعن الجواهر : يمكن دعوى القطع بفساد القول بالحرمة أو الضرورة فضلا عن الاجماع والحق كما أفاده فان جواز اخذ اللقطة من واضحات الفقه ومن الامور المرتكزة عند المتشرعة .

اضف الى ذلك ما يستفاد منه الجواز لاحظ ما أرسله الصدوق قال: قال الصادق عليه السلام: افضل ما يستعملها الانسان في اللقطة اذا وجدها ان لايأخذها ولايتعرض لها فلو ان الناس تركوا بما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه وان كانت اللقطة دون درهم فهي لك فلا تعرفها فان وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك لاتعرفه وان وجدت طعاماً في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله فان جاء صاحبه فرد عليه القيمة فان وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لأهلها وان كانت خراباً فهى لمن وجدها (* ٢) .

ولاحظ ما رواه زرارة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقطة فأراني خاتما في يده من فضة قال : ان هذا مما جاء به السيل وانا اريد ان أتصدق به (*٣) فان صريح الرواية انه عليه السلام اخذ ما جاء به السيل .

١) اختلفت اقوالهم في لقطة الحرم فذهب جملة من الأصحاب الى القول بحرمة الأخذ والعمدة النصوص الواردة ولابد من ملاحظتها وربما يستدل على الحرمة بقوله تعالى : « أو لم يروا انا جعلنا حرماً آمناً » (*٤) بتقريب : ان الله

---

١) نفس المصدر الحديث : ١٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٩

٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب اللقطة الحديث : ٣

٤) عنكبوت/٦٧

• • • • • • • • • • • • • •

جعل الانسان امناً على نفسه وماله وهو ينافي جواز اخذه .

وفيه : ان الاية بظاهرها ـ كما في جامع الجوامع للطبرسى ـ ان الله جعل الانسان فى الحرم امناً من القتل والنهب ومن الظاهر ان جواز اخذ اللقطة بقصد العمل بالوظيفة وتعريفها للوصول الى مالكها لاينافي مفاد الاية .

واستدل على المدعى بجملة من النصوص : منها : ما رواه الفضيل بن يسار قال : سألت ابا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم فقال : لاتمس ابداً حتى يجيء صاحبها فيأخذها قلت : فان كان مالاً كثيراً قال: فان لم يأخذها الامثلك فليعرفها(*١) بتقريب : انه نهى عن المس وفيه ان هذه الرواية تدل بالصراحة على الجواز مع قصد التعريف .

ومنها : ما رواه علي بن ابي حمزة قال: سألت العبد الصالح عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه قال : بئس ما صنع ماكان ينبغي له أن يأخذه قلت : ابتلى بذلك قال: يعرفه قلت: فانه قد عرفه فلم يجد له باغياً قال: يرجع الى بلده فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين فان جاء طالبه فهو له ضامن (* ٢) وفيه : ان الرواية ضعيفة بالبطائني .

ومنها : ما رواه فضيل بن يسار قال : سألت اباعبدالله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم قال : لايمسها واما انت فلا بأس لأنك تعرفها (* ٣) .

وفيه اولا: ان السند ضعيف بابن مرار وثانياً: قد مر الكلام في الاستدلال وان التعليل في الرواية يدل على الجواز فلاحظ .

---

١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف الحديث : ٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث : ٥

وان كانت كراهة الاخذ في الاول أشد وآكد [1] .

(مسألة ١٤): لوانكسرت سفينة في البحر فما أخرجه من متاعها

ومنها: ما رواه علي بن ابراهيم بن ابي البلاد عن الماضي عليه السلام قال: لقطة الحرم لاتمس بيد ولا رجل ولو ان الناس تركوها لجاء صاحبها فأخذها (* ١) .

وفيه : ان المرسل لااعتبار به وصفوة القول : انه كما قلنا يمكن اقامة الدليل على جواز اخذ لقطة الحرم كغيرها مضافاً الـى طائفة اخرى من النصوص حيث يستفاد منها الجواز لاحظ ما رواه ابراهيم عمر عن ابي عبدالله عليه السلام قال : اللقطة لقطتان: لقطة الحرم وتعرف سنة فان وجدت صاحبها والاتصدقت بها ولقطة غيرها تعرف سنة فان لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك (*٢) .

وما رواه محمد بن رجاء الأرجاني قال :كتبت الى الطيب عليه السلام : اني كنت في المسجد الحرام فرأيت ديناراً فأهويت اليه لاخذه فاذا انا بآخر فنحيت الحصى فاذا انا بثالث فأخذتها فعرفتها فلم يعرفها احد فماترى في ذلك ؟ فكتب فهمت ما ذكرت من امر الدنانير فان كنت محتاجاً فتصدق بثلثها وان كنت غنياً فتصدق بالكل (*٣) .

وما رواه سعيد بن عمرو الجعفي (*٤) فانه يستفاد من هذه النصوص التسوية بين لقطة الحرم وغيرها في الحكم .

١) ويمكن ان يكون الوجه في الالتزام بالشدة فيها ورود نصوص خاصة فيها والله العالم .

---

١) الوسائل الباب ١ من أبواب اللقطة الحديث ٣

٢) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث : ٤

٣) نفس المصدر الحديث : ٧

٤) الوسائل الباب ٦ من أبواب اللقطة وسيأتي في ذيل المسألة (٣٥)

فهو لصاحبه(١) وما اخرج بالغوص فهو لمخرجه اذا كان صاحبه تركه(٢).

(مسألة ١٥) : اللقطة المذكورة ان كانت قيمتها دون الدرهم جاز تملكها بمجرد الاخذ ولا يجب فيها التعريف ولا الفحص عن

---

١) هذا مقتضى القاعدة الأولية اذ المفروض انه لامقتضي لخروجه عن ملك مالكه فهو باق على ما كان .

٢) اذا كان الترك بعنوان الأعراض ـ كما هو ليس ببعيد ـ فجواز تملكه على القاعدة اذ يكون كبقية المباحات الأصلية ويجوز تملكها كبقية المباحات لكن الظاهر من المتن ان الغوص بنفسه سبب للتملك ولايبعد ان يكون ناظراً الى النص الوارد في المقام لاحظ ما رواه السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : واذا غرقت السفينة وما فيها فأصابه الناس فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم (* ١) .

فان ماأفاده في المتن مطابق لمفاد الرواية المذكورة لكن سند الرواية مخدوش أما برواية الكليني فضعيفة بالنوفلي واما مرسل الصدوق فلعدم اعتبار المرسلات واما ما نقله ابن ادريس فالظاهر ان البزنطي ارسل الحديث عن أمير المؤمنين عليه السلام فلا اعتبار به .

واما حديث الشعيري قال: سئل أبوعبدالله عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر فاخرج بعضها بالغوص واخرج البحر بعض ماغرق فيها فقال: اما ما اخرجه البحر فهو لأهله الله اخرجه واما ما اخرج بالغوص فهو لهم وهم احق به (* ٢) فهو ضعيف سنداً أيضاً فلاحظ .

---

١) الوسائل الباب ١١ من ابواب اللقطة الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

مالكها(١)

١) بلاخلاف اجده ـ كما في الجواهر ـ وعن التذكرة لايجب تعريفه ويجوز تملكه في الحال عند علمائنا اجمع بل في موضع آخر منها : « لانعلم خلافاً بين أهل العلم في اباحة اخـذ القليل والانتفاع به من غير تعريف » الى غير ذلك من كلماتهم الدالة على المدعى .

واستدل على المدعى بجملة من النصوص منها: ما رواه محمد بن أبي حمزة مرسلا عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن اللقطة قال: تعرف سنة قليلا كان أوكثيراً قال : وما كان دون الدرهم فلا يعرف (* ١) .

وهذه الرواية تدل على عـدم وجوب التعريف اذا كانت اللقطة دون الدرهم لكن السند مخدوش بالارسال ولا أثر لوجود ابن أبي عمير في السند مضافاً الى أن المرسل ليس هو بل ابن أبي حمزة فلاحظ .

ومنها : ما رواه أبو بصير عن ابي جعفر عليه السلام قال: من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه (* ٢) .

وهذه الرواية مخدوشة سنداً بابن حماد حيث انه لم يوثق وابراهيم بن اسحاق محل الاشكال والكلام لعدم توثيقه مضافاً الى أن المستفاد من هذه الرواية ان الواجد يملك ما وجده بلا احتياج الى التملك اضف الى ذلك ان مقتضى اطلاق الحديث عدم الفرق بين أفراد اللقطة والتسوية بين ما دون الدرهم وبين غيره والتخصيص بما دون الدرهم يوجب تخصيص الأكثر وهذا اشكال آخر في الرواية فلاحظ .

ومنها : ما ارسله الصدوق (*٣) وهذه الرواية مخدوشة بالارسال مضافاً الى

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب اللقطة الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

٣) لاحظ ص : ٥٥

ثم اذا جاء المالك فان كانت العين موجودة ردها اليه (١) وان كانت تالفة لم يكن عليه البدل (٢) وان كان قيمتها درهما فما زاد وجب عليه التعريف بها والفحص عن مالكها (٣)

أن مفادها تحقق الملكية للواجد فلاحظ فالنتيجة : عدم قيام دليل على المدعى الا أن يتم الأمر بالاجماع وعدم الخلاف والتسالم على الحكم في الكل .

١) كما صرح به في خبر أبي بصير (* ١) وهذا مقتضى القاعدة الأولية اذ لا وجه للخروج عن ملك مالكه ومع بقائه في ملكه يجب الرد كما هو ظاهر .

٢) لعدم الدليل على الضمان وبعبارة اخرى: لو قلنا بجواز التملك أو صيرورته ملكاً بنفسه فلا وجه للضمان وان شئت قلت : ان اليد على العين بعد التملك ليست يد ضمان فلا مقتضي للضمان لا من ناحية اليد ولا من ناحية الاتلاف فلا ضمان لكن انما يتم هذا البيان مع قطع النظر عن الاشكال في اسناد الروايات واما مع لحاظ ما ذكرنا من الاشكال فالحكم بعدم الضمان مشكل .

وصفوة القول : انه لا دليل على عدم الضمان فلابد من العمل على طبق القواعد فلاحظ الا أن يقوم اجماع تعبدي كاشف عن عدمه ولا يبعد ان الأخذ جايز كما مر ومع جواز اخذه شرعاً يكون امانة شرعية فلا ضمان .

٣) ادعي عليه عدم الخلاف بل الاجماع وتدل على المدعى جملة من النصوص لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: واللقطة يجدها الرجل ويأخذها قال : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والا فهي كسبيل ماله (* ٢) .

وما رواه كثير قال : سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة فقال : يرفعها فان جاء صاحبها رفعها اليه والا حبسها حولا فان لم يجيء صاحبها أو من يطلبها

---

١) لاحظ ص : ٥٩

٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث : ١

. . . .

تصدق بها فان جاءصاحبها بعد ماتصدق بهاان شاء اغترمها الذي كانت عنده و كان الأجر له وان كره ذلك احتسبها والاجر له (*١) وما رواه محمد بن مسلم (*٢) .

وما رواه حنان قال ؟ سأل رجل أبا عبدالله عليه وانا اسمع عن اللقطة فقال: تعرفها سنة فان وجدت صاحبها والا فأنت أحق بها وقال: هي كسبيل مالك وقال: خيره اذا جائك بعد سنة بين اجرها وبين أن تغرمها له اذا كنت اكلتها (* ٣) .

وما رواه ابان بن تغلب قال : أصبت يوماً ثلاثين ديناراً فسألت أباعبدالله عليه السلام عن ذلك فقال: أين اصبته ؟ قال : قلت له : كنت منصرفاً الى منزلي فأصبتها قال : فقال : صر الى المكان الذي أصبت فيه فعرفه فان جاء طالبه بعد ثلاثة ايام فأعطه اياه والا تصدق به (* ٤) وما رواه محمد بن مسلم (* ٥) .

وما رواه داود بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال : في اللقطة : يعرفها سنة ثم هي كساير ماله (* ٦) ولاحظ حديثي ابن جعفر (* ٧) .

وما رواه أيضاً عن اخيه قال : وسألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها ماحال الذي تصدق بها؟ ولمن الاجرهل عليه أن يرد على صاحبها ؟ أو قيمتها قال : هو ضامن لها والاجر له الا أن يرضى صاحبها فيدعها والاجر له (* ٨) .

---

١) نفس المصدر الحديث ٢

٢) لاحظ ص : ٥٤

٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب اللقطة الحديث : ٥

٤) نفس المصدر الحديث : ٧

٥) لاحظ ص : ٥٤

٦) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث : ١١

٧) لاحظ ص : ٤٤ و٥٤

٨) الوسائل الباب ٢ من ابواب اللقطة الحديث : ١٤

فان لم يعرفها فان كان قد التقطها في الحرم فالاحوط أن يتصدق بها عن مالكها وليس له تملكها(١)

---

١) قال في الجواهر في هذا المقام : « بلا خلاف اجده في الأخير الاماسمعته من المحكي عن التقي الذي قد تقدم الأجماع من الفاضل على خلافه » انتهى كما ان مقتضى الاصل عدم الجواز فان تملك مال الغير على خلاف الأصل الاولي ويعضد المدعى خلو جملة من النصوص عن جواز التملك منها : ما رواه يعقوب بن شعيب قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن اللقطة ونحن يومئذ بمنى فقال : أما بأرضنا هذه فلا يصلح وأما عندكم فان صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع ثم هي كسبيل ماله (* ١) ومنها حديثا الفضيل (* ٢) .

ولابد من ملاحظة النصوص الواردة في المقام فنقول: مقتضى اطلاق بعض النصوص عدم الفرق بين لقطة الحرم ومطلق اللقطة لاحظ ما رواه الحلبي (*٣) ولاحظ ما رواه محمد بن مسلم (* ٤) ولاحظ ما رواه حنان (* ٥) ولاحظ ما رواه محمد بن مسلم (* ٦) ولاحظ ما رواه علي بن جعفر (*٧) ولاحظ ماروا‌ه داود بن سرحان (* ٨) .

ومقتضى اطلاق هذه النصوص عدم الفرق بين أفراد اللقطة وتخصيص لقطة

---

١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث : ١

٢) لاحظ ص : ٥٦

٣) لاحظ ص : ٦٠

٤) لاحظ ص : ٥٤

٥) لاحظ ص : ٦١

٦) لاحظ ص : ٥٤

٧) لاحظ ص : ٥٤

٨) لاحظ ص : ٦١ .

وان التقطها في غير الحرم تخير بين امور ثلاثة : تملكها مع الضمان والتصدق بها مع الضمان وابقائها امانة في يده بلاضمان[١]

الحرم بعدم جواز التملك يحتاج الى دليل مخرج ويستفاد من حديث فضيل بن غزوان قال :كنت عند أبي عبدالله عليه‌السلام فقال له الطيار : اني وجدت ديناراً في الطواف قد انسحق كتابته قال : هو له (* ١) ان لقطة الحرم يصير ملكاً للملتقط اذا كان ديناراً قد انسحق كتابته والرواية ضعيفة بابن غزوان ومثلها في المفاد والضعف ما ارسله الصدوق (* ٢) .

ويستفاد من حديث محمد بن رجاء (*٣) التفصيل في لقطة المسجدالحرام وهذه الرواية ضعيفة بابن رجاء وفي المقام حديث رواه ابراهيم بن عمر (*٤) ويستفاد من هذه الرواية بالصراحة ان حكم لقطة الحرم غير حكم لقطة غيرالحرم وان لقطة الحرم لابد من أن يتصدق بها ولا يجوز تملكها فان التقسيم قاطع للشركة ولا يبعد أن يكون سند الرواية تاماً فان النجاشي وثق الرجل وفي قباله نقل تضعيفه من ابن الغضائري لكن سيدنا الأستاد في مدخل الرجال ناقش في صحة انتساب الكتاب الى ابن الغضائري وقال : « ان النسبة لم تثبت» فالرواية تامة سنداً ودلالة فلاحظ .

١) في المقام فرعان: احدهما: انه يتخير بين التملك والتصدق و الحفظ ثانيهما انه عليه الضمان على الأولين دون الأخير فنقول : أما الفرع الاول : فهو المشهور ـ على ما في بعض كلمات القوم ـ وعن التذكرة ان عليه الاجماع و العمدة النصوص

---

١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث: ٦ والباب ١٧ من أبواب اللقطة الحديث ١

٢) لاحظ ص : ٥٥

٣) لاحظ ص : ٥٧

٤) لاحظ ص : ٥٧

. . . .

الواردة في المقام .

منها : ما رواه الحلبي (* ١) والمستفاد من هذه الرواية وجوب التعريف سنة وبعده تكون اللقطة ملكاً للملتقط .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم (* ٢) والمستفاد من هذه الرواية انه يجب تعريفها سنة وبعده يجوز التصرف فيها في عرض أمواله وان جاء طالبها يأخذها.

ومنها : ما رواه حنان (* ٣) وهذه الرواية تدل على أن الملتقط احق بها بعد التعريف .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم (* ٤) والمستفاد من هذه الرواية انه يباح التصرف فيها كبقية أمواله الى أن يجيء صاحبها ويجب الايصاء بها .

ومنها : ما رواه ابن جعفر (* ٥) وهذه الرواية كسابقتها غير انها تدل على الضمان .

ومنها : ما رواه أيضاً (* ٦) وهذه الرواية تدل على جواز التصدق وثبوت الضمان على المتصدق ويدل على جواز التصدق مارواه زرارة (* ٧) فالمتحصل من النصوص الواردة في المقام جواز جعل اللقطة كبقية أمواله وجواز التصرف

---

١) لاحظ ص : ٦٠

٢) لاحظ ص : ٥٤

٣) لاحظ ص : ٦١

٤) لاحظ ص : ٥٤

٥) لاحظ ص : ٤٤

٦) لاحظ ص : ٦١

٧) لاحظ ص : ٥٥

(مسألة ١٦) : المدار في القيمة على مكان الالتقاط وزمانه دون غيره من الامكنة والازمنة(١).

فيها كيف ما يشاء وأيضاً يستفاد من بعض النصوص جواز التصدق بها كما تقدم وأما جواز حفظها لمالكها فيمكن أن يستدل عليه بالنصوص الواردة في المقام بالاولوية فانه لو جاز التصرف فيها تصرفاً مالكياً فيجوز بطريق الاولى حفظها لمالكها مضافاً الى أنه احسان وماعلى المحسنين من سبيل ويضاف الى ذلك كله أن بعض النصوص صريح في كونه امانة في يده ولابد من حفظه .

وأما الفرع الثاني وهو الضمان على تقدير التملك والصدقة فقد دل عليه بعض النصوص كما تقدم وأما عدم الضمان مع الحفظ فالظاهر انه المتسالم عليه بين القوم لكن المستفاد من خبر ابن جعفر (* ١) ثبوت الضمان بل يمكن أن يقال: ان مقتضى هذا الخبر وجوب حفظها لمالكها والوصية بها فلا يجوز تملكها والتصرف فيها وان شئت قلت : هذه الرواية تعارض النصوص الدالة على جواز التصرف فيها وتدل على وجوب الحفظ مع الضمان والترجيح على فرض التعارض مع هذا الخبر بموافقتها للكتاب فان قوله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها » (* ٢) يقتضي وجوب ردها الى مالكها كما ان الاحدثية تقتضي رجحانها على معارضها الا أن يقوم اجماع تعبدي على خلاف المدعى والله العالم وهو الهادي الى سواء السبيل ولايخفى انا ناقشنا اخيراً في الترجيح بموافقة الكتاب ومخالفة العامة وقلنا ان المرجح منحصر في الاحدثية وبينا المدعى في ضمن المستدركات من المجلد الثامن من هذا الشرح .

١) فانه المنساق من نصوص الباب بحسب الفهم العرفي .

---

١) لاحظ ص : ٤٥

٢) النساء/ ٦١

(مسألة ١٧) : المراد من الدرهم ما يزيد على نصف المثقال الصير في قليلا فان عشرة دراهم تساوي خمسة مثاقيل صيرفية وربع مثقال[١] .

(مسألة ١٨) : اذا كان المال لا يمكن فيه التعريف اما لانه لا علامة فيه كالمسكوكات المفردة والمصنوعات بالمصانع المتداولة في هذه الازمنة أو لان مالكه قد سافر الى البلاد البعيدة التي يتعذر الوصول اليها أو لان الملتقط يخاف من الخطر والتهمة ان عرف بها أو نحو ذلك من الموانع سقط التعريف[٢] والاحوط التصدق بها عنه[٣]

١) قال في المستمسك (* ١) : « لا اشكال عندهم في أن الدرهم سبعه أعشار المثقال الشرعي وان كل عشرة دراهم سبعة مثاقيل شرعية كما نقله جماعة كثيرة وعن ظاهر الخلاف دعوى اجماع الأمة عليه وعن رسالة المجلسي : انه مما لاشك فيه ومما اتفقت عليه العامة والخاصة فاذا كان المثقال الشرعي ثلاثة أرباع المثقال الصير في يكون الدرهم نصف المثقال الصير في وربع عشره مثلا اذا كان المثقال الصيرفي اربعين جزءاً كان المثقال الشرعي ثلاثين جزءاً منها فاذا نقص منها ثلاثة أعشارها وهو تسعة كان الواحد والعشرين منها درهماً وهو نصف أربعين وربع عشرها».

٢) اذ مع فقدان العلامة لا أثر للتعريف كما أن مع تعذر الوصول الى المالك لا أثر له وأما وجه عدم الوجوب في الصورة الأخيرة فيمكن أن الوجه فيه قاعدة رفع الضرر حيث ان المعرف يتضرر بالتعريف وهذا يتم على مبنى القوم في القاعدة وأما على المختار فيمكن أن يقال : بأنه مع الحرج يرتفع الوجوب والا فلا .

٣) يمكن أن يكون الوجه في كونه أحوط انه لو تصدق به فقد جمع بين ما

(* ١) ج ٩ ص : ١٢٠

وجواز التملك لايخلو من اشكال(١) .

يستفاد من حديث ابن جعفر (* ١) وما يستفاد من حديث ابن مسلم (* ٢) .

١) لعدم الدليل عليه في هذه الصورة بل قد مر انه لادليل على جواز التملك وانما الدليل على جواز التصرف وقد تقدم ان مقتضى حديث ابن جعفر وجوب حفظه لمالكه ولكن في مفروض المسألة يمكن أن يقال: يجوز التملك لرواية ابن مهزيار (*٣) ويجب الخمس فان مقتضى هذا الحديث كما تقدم جواز تملك مجهول المالك مع وجوب الخمس .

وبعبارة اخرى : لنا أن نقول : ان مقتضى حديث ابن مهزيار جواز تملك اللقطة بعد فرض عدم شمول دليل وجوب التعريف لها اذ يصدق عليها انها اخذ ولم يعرف له صاحب وقد ذكرنا سابقاً انه مع فرض التعارض بين هذه الرواية وحديث ابن مسلم (* ٤) الترجيح مع حديث ابن مهزيار بالاحدثية فلاحظ .

فالنتيجة : انه مع سقوط وجوب التعريف لعدم العلامة أو لوجه آخر يمكن أن يقال : بجواز التملك مع وجوب الخمس لحديث ابن مهزيار .

ويمكن أن يقال : انه لاتعارض بين الحديثين اذ الخمس لايجب الا بعد المؤنة والمستفاد من حديث ابن مهزيار ان الخمس يجب فيه اذا زاد عن المؤنة ومقتضي حديث ابن مسلم ان أحسن المصارف أن يتصدق به فلاتعارض بل لاتعارض ولو مع قطع النظر عن هذه الجهة اذ حديث ابن مهزيار يدل على كونه مملوكاً للأخذ ولاريب في جواز تصرف الانسان في مملوكه ومقتضى حديث ابن مسلم ان أفضل التصرفات هو التصدق .

---

١ و٢) لاحظ ص : ٦١ و٢٤

٣) لاحظ ص : ٣١

٤) لاحظ ص : ٢٤

(مسألة ١٩) : تجب المبادرة الى التعريف من حين الالتقاط الى تمام السنة على وجه التوالي[١] فان لم يبادر اليـه كان عاصياً[٢] ولكن لا يسقط وجوب التعريف عنه بل يجب المبادرة اليه بعد ذلك الى أن ييأس من المالك[٣] وكذا الحكم لو بادر اليه من حين الالتقاط ولكن تركه بعد ستة أشهر حتى تمت السنة[٤] فاذا تم التعريف تخير بين التصدق والابقاء للمالك[٥] واذا كان قد ترك المبادرة من حين الالتقاط لعذر أو ترك الاستمرار عليه كذلك الى انتهاء السنة فالحكم كذلك[٦] لكنه لا يكون عاصياً[٧] .

(مسألة ٢٠) : لا تجب مباشرة الملتقط للتعريف فتجوز له الاستنابة فيه بلا اجرة أو باجرة[٨]

---

١) للظهور العرفي فانه لا ينكر مضافاً الى أنها مال الغير فالتصرف فيها بالابقاء عنده بلا مجوز لاوجه له فلابد مـن التعريف فوراً على نحو التوالي الى آخر السنة .

٢) وقد ظهر الوجه فيما أفاده .

٣) اذ لاوجه لسقوط الوجوب بعد بقاء الموضوع فيجب عليه المبادرة الـى التعريف الى حصول اليأس .

٤) اذ يجب تعريفها سنة والمفروض ان الواجب لم يتحقق .

٥) كما تقدم .

٦) اى فلابد من التعريف الى أن تتم السنة .

٧) كما هو ظاهر لعدم وجه للعصيان .

٨) قال في الجواهر: « لاخلاف في جواز الاستنابة بل الاجماع بقسميه عليه»

والاقوى كون الاجرة عليه لاعلى المالك[1] وان كان الالتقاط بنية ابقائها في يده للمالك[2] .

(مسألة ٢١) : اذا عرفهـا سنة كاملة فقد عرفت انه يتخير بين التصدق وغيره من الامور المتقدمة ولايشترط في التخيير بينها اليأس من معرفة المالك[3]

الخ وقد ورد في بعض النصوص ان صاحبها الذي يجدها يعرفها لاحظ حديث يعقوب بن شعيب (* ١) لكن العرف يفهم أنه لاخصوصية للملتقط قطعا كماقطع به في الجواهر .

١) لوجوب الفحص عليه ولا مقتضي لأخذ الاجرة عن المالك .

٢) قال في الجواهر : « نعم لو قلنا بعدم وجوب التعريف اذا كان الالتقاط للحفظ للمالك لاتجب عليه الاجرة كما عن التذكرة وجامع المقاصد » .

والذي يختلج بالبال أن يقال : انه مع وجوب الفحص كما هو كذلك وان الفحص واجب وان كان بنية الابقاء للمالك فيمكن أن يقال : بوجود المقتضي للأخذ عن المالك وربما يقال: انه لامقتضي للرجوع فانه حكم متوجه اليه فلاوجه لرجوعه على المالك وأما لو قلنا بعدم وجوب الفحص في هذه الصورة فلو تفحص بأخذ الاجير فالظاهر ـ والله العالم ـ انه لامقتضي للاخذ عن المالك فان تغريم الغير يحتاج الى دليل ولادليل عليه ظاهراً نعم لو رفع الامر الى الحاكم أمكن ان يقال : انه لولايته يستقرض على المالك والله العالم .

٣) الظاهر ان الوجه فيه اطلاق الادلة فان مقتضى عدم التفصيل في نصوص

---

١) لاحظ ص : ٦٢

نعم اذا كان يعلم الوصول الى المالك لو زاد في التعريف على السنة فالاحوط لو لم يكن اقوى لزوم التعريف حينئذ وعدم جواز التخيير[١]

(مسألة ٢٢) : اذا كانت اللقطة مما لاتبقى كالخضر والفواكه واللحم ونحوها جاز أن يقومها الملتقط على نفسه ويتصرف فيها بما شاء من أكل ونحوه ويبقى الثمن في ذمته للمالك[٢]

الباب عدم اختصاص الحكم بصورة اليأس لاحظ ما رواه الحلبي (* ١) وقس عليه بقية النصوص لكن يتوجه اشكال وهو ان النسبة بين هذه النصوص وقوله تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها » (* ٢) عموم من وجه وفي مورد عدم اليأس من الوصول يقع التعارض ومقتضى الصناعة تقديم الاية الشريفة كما تقدم فلاحظ .

١) لايبعد أن يقال : ان ادلة التملك والتصدق منصرفة عن هذه الصورة وهي صورة العلم بالوصول مضافاً الى ما ذكرناه آنفاً من كون النسبة بين هذه الأدلة والكتاب عموم من وجه ويقع التعارض بين الطرفين في صورة العلم بالوصول واحتماله ومقتضى القاعدة تقديم الكتاب فان المخالف للكتاب لايكون حجة ومضروب على الجدار فلا تغفل .

٢) ادعى في الجواهر عدم الخلاف فيه والاجماع عليه بقسميه واستدل عليه أيضاً بخبرين : احدهما : مرسل الصدوق (* ٣) .

ثانيهما : ما رواه السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه

---

١) لاحظ ص : ٦٠

٢) النساء/٦١

٣) لاحظ ص : ٥٥ .

السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين فقال امير المؤمنين عليه السلام : يقوم مافيها ثم يؤكل لأنه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن الحديث (* ١) .

اقول : اما عدم الخلاف فليس من الأدلة كما هو ظاهر واما الاجماع فالمنقول منه لايكون حجة كما حقق في محله والمحصل منه على فرض تحققه يحتمل ان لايكون اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام واما الخبران فالأول منهما ضعيف بالارسال والثاني منهما ضعيف بالنوفلي فلا دليل على المدعى ومقتضى القاعدة الأولية عدم جواز التصرف في مال الغير الا بمجوز شرعي .

ثم انه هل يجوز بيعه ؟ ربما يقال : بالجواز بدعوى القطع بعدم الفرق بين التقويم والبيع والمفروض ان التقويم جايز بمقتضى النص والاجماع وفيه : انه قد مر الاشكال في الاستدلال وبعد عدم تمامية الاستدلال على أصل الحكم لاتصل النوبة الى هذا البيان كما هو واضح .

وأما الاستدلال على الجواز بما رواه ابن جعفر (* ٢) فيرد عليه ان جواز البيع في صورة خاصة لايكون دليلا على الجواز على نحو الاطلاق . ثم ان هل يجوز رفع أمره الى الحاكم ؟ الظاهر انه يجوز لأنه ولي الغائب فيجوز تسليمه اليه وهل يسقط وجوب التعريف مع التسليم اليه أم لا؟ ربما يقال: بوجوبه بدعوى اطلاق دليله واستصحابه وربما يقال بالعدم بدعوى ان التسليم الى الحاكم كايصاله الى المالك .

ويمكن أن يقال : بأن الترجيح مع القول الثاني أما الاطلاق فلا مجال له اذ

---

١) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب اللقطة

٢) لاحظ ص : ٥١

كما يجوز له أيضاً بيعها على غيره ويحفظ ثمنها للمالك(١) والاحوط

الظاهر من النصوص ان التعريف في مورد مال يترتب عليه أحكام خاصة بعد التعريف وبعبارة اخرى : المستفاد من الدليل ان التعريف ظاهر في تعريف نفس مال الغير والمفروض انه غير باق في المقام اى لايبقى وأما الاستصحاب فلامجال له اولاً بعدم جريان الاستصحاب في الحكم الكلي وثانياً: بعدم بقاء الموضوع اضف الى ذلك كله انه مع التسليم الى الحاكم وهو ولي الغائب قد أوصل المال الى المالك بنحو من الايصال ومع الايصال لامجال للتعريف .

اذا عرفت ما تقدم فاعلم ان الذي يختلج بالبال أن يقال : تارة يكون الملتقط آيساً عن الوصول الى المالك واخرى لايكون كذلك أما في الصورة الأولى فلا يبعد أن يقال: بصيرورته ملكاً للملتقط مع وجوب الخمس لرواية ابن مهزيار(*١) ولا يشمله دليل أحكام اللقطة لفرض عدم امكان بقائها وأما في الصورة الثانية فمع وجود الحاكم يجب رفع أمرها اليه لكونه ولياً على الغائب ومع عدم الحاكم الشرعي بأن لايمكن رفع الأمر الى الفقيه ولاالى العادل يجوز التقويم والتصرف كما يجوز بيعها اذ المفروض ان الملتقط بنفسه له الولاية ولافرق بين التقويم والبيع فيجوز كلاهما ويجب عليه الفحص عن المالك الى أن ييأس منه لوجوب رد الامانات الى اهلها بمقتضى قوله تعالى: «ان الله يأمركم ان تؤدوا الأمانات الى اهلها(*٢)

ولا يخفى انه لايتصور عدم امكان الوصول الى الحاكم الشرعي اذ مع عدم الفقيه الجامع تصل النوبة الى العادل ومع عدمه تصل النوبة الى الفاسق المؤمن فيكون الملتقط ولياً الا في فرض عدم كونه مؤمناً بأن يكون مخالفاً أو كافراً فلاحظ

١) قد ظهر مما ذكرنا انه لامجوز للبيع بل يجب رفع أمرها الى الحاكم.

---

١) لاحظ ص : ٣١

٢) النساء/ ٦١

أن يكون بيعها على غيره باذن الحاكم الشرعي[1] ولا يسقط التعريف عنه على الاحوط بل يحفظ صفاتها ويعرف بها سنة فان وجد صاحبها دفع اليه الثمن الذي باعها بـه أو القيمة التي في ذمته[2] والا لم يبعد جريان التخيير المتقدم[3].

(مسألة ٢٣) : اذا ضاعت اللقطة من الملتقط فالتقطها آخر وجب عليه التعريف بها سنة فان وجد المالك دفعها اليه[4] وان لم يجـده ووجد الملتقط جاز دفعها اليه اذا كان واثقاً بانه يعمل بوظيفته[5] وعليه اكمال التعريف سنة ولو بضميمة تعريف الملتقط الثاني[6] فان لـم يجد احدهما حتى تمت السنة جرى عليه التخيير المتقدم[7].

(مسألة ٢٤) : قد عرفت انه يعتبر تتابع التعريف طوال السنة فقال بعضهم يتحقق التتابع بأن لا ينسى اتصال الثاني بما سبقه وانـه

---

١) بل يتعين الرجوع الى الحاكم كما مر .

٢) قد تقدم الاشكال فيما أفاده وقلنا بأن دليل التعريف لايشمل المقام .

٣) على ما ذكرنا لايبقى مجال لما أفاده كما هو ظاهر .

٤) لاطلاق الادلة فان مقتضاها عدم الفرق بين سبق الالتقاط وعدمه .

٥) لتحقق الموضوع بالنسبة الى كليهما فلا وجه للترجيح وعليه لو كان واثقاً بأنه يعمل بالوظيفة لامانع من الدفع اليه لأن يعمل على طبقها .

٦) اذ المطلوب تحقق التعريف سنة وقد مر انه يحصل بالنيابة بـل بالتبرع فلاحظ .

٧) وقد مر الكلام حول المسألة .

تكرارلما سبق ونسب الى المشهورانه يعتبرفيه أن يكون في الاسبوع الاول كل يوم مرة وفي بقية الشهر الاول كل اسبوع مرة وفي بقيـة الشهور كل شهر مـرة وكلاالقوليـن مشكل واللازم الرجوع الى العرف فيه ولايبعد صدقه اذا كان في كل ثلاثة أيام مرة[١] .

١) لم نجد نصاد الاعلى نحوخاص والأولى كمافي الجواهر ايكاله الى العرف فان الواجب تحقق التعريف وقلنا يعتبر فيه التتابع وعليه يتحقق الامتثال بالصدق العرفي فلاحظ .

ايقاظ : قد وردت (* ١) في جملة من الروايات ان تعرف اللقطة سنة وقـد افيدت في المقام امور ثلاثة :

الأول: ما أفاده السيد اليزدي في الحاشية بأن التحديد بالسنة للمنتهى بمعنى انه لو لم يحصل اليأس لايجب الفحص الاكثر وأما لـو حصل اليأس قبل تمام السنة أو قبل الشروع لايجب الفحص .

الثاني : ان التحديد بالسنة محمول على الغالب حيث انه يحصل اليأس في هذه المدة وانما المناط حصول اليأس بلا مدخلية للسنة .

الثالث : ان التحديد بالسنة امر تعبدي سواء حصل اليأس عن الظفر بالمالك قبل مضي السنة أم بعده فلابد من رعاية الحد واختار سيدنا الاستاد هـذا الوجه بتقريب : ان الاطمينان حجة عقلائية فيما لم تقم امارة شرعية على خلافه وقداعتبر الشارع السنة في وجوب الفحص فلابد من رعايته .

والذي يختلج بالبال أن يقال : ان المستفاد من النصوص وجوب رعاية الحد وجعله ميزاناً ولا يرفع اليد بالاطمينان بعدم الوصول أو بالوصول بل لاأثر للعلم

---

١) مصباح الفقاهة ج ١ ص: ٥١٦

. . . .

نظير جعل العدة فانها واجبة ولو مع القطع بعدم ترتب الحمل وبعبارة اخرى : الحكم لايدور مدار الحكمة .

وان شئت قلت : الحكمة غير العلة اى تكون مقتضية لجعل الحكم على نحو العموم والسريان ولو مع القطع بعدمها في بعض المصاديق كالعدة وقد تقدم منا انه مع العلم بالوصول الى المالك لايمكن العمل بالنصوص لمعارضتها مع الاية الشريفة « ان الله يأمركم » فانه مع العلم بالوصول والفحص عن المالك أزيد من السنة يكون مقتضى الاية هو الوجوب وقلنا بأن الايه تقدم على الرواية في مورد التعارض ولكن يشكل ماذكر من ناحية اخرى وهو ان الملتقط اما يقطع بعدم الوصول أو يقطع به او يشك اما في صورة القطع بالوصول او الشك فيه فيجب الفحص بمقتضى الاية واما مع القطع بعدم الوصول فيجوز التملك مع وجوب الخمس بمقتضى حديث ابن مهزيار (* ١) ويترتب على ما ذكر سقوط ادلة اللقطة عن الاعتبار اذ لايبقى لها مورد وهذا بنفسه يكون مرجحاً لنصوص اللقطة وادلتها .

فالنتيجة : ان الميزان تعريف اللقطة سنة كاملة عملا بالرواية ولكن مع ذلك مع القطع بعدم ترتب أثر على الاعلام لايمكن الالتزام بوجوبه فانه يفهم من الدليل ان الفحص انما يكون في مورد يحتمل ترتب اثر عليه فلو قطع بعدم فائدة في الفحص لايكون الاعلام واجباً واما بعد تمام السنة لو قطع بالوصول الى المالك مع الاعلام والفحص فلنا أن نقول بعدم وجوب التعريف .

وصفوة القول: انه من المرجحات في باب التعارض انه يقدم الطرف الذي لو لم يقدم على معارضه لايبقى له مورد وفي المقام لو قدم معارض اخبار اللقطة عليها من الاية والرواية لايبقى موردلها فلاحظ .

---

١) لاحظ ص : ٣١

(مسألة ٢٥) : يجب أن يكون التعريف في موضـع الالتقاط ولا يجزي في غيره[١] نعم اذا كان الالتقاط في الزقاق اجزأ التعريف في الصحن أوفي السوق أوميدان البلد[٢] أمـا اذا كان الالتقـاط في القفاروالبراري فان كان فيهانزال عرفهم[٣] وان كانت خالية فالاحوط التعريف في المواضع القريبة التي هي مظنة وجود المالك[٤] ويجب أن يكون في مجامع الناس كالاسواق ومحل اقامة الجماعات والمجالس

---

١) الظاهر ان المراد من العبارة ان التعريف لابد أن يكون في محل الالتقاط فلا يجزيء التعريف في محل آخر فلو التقط في قم لااثر للتعريف في بلد آخر ولا يكون المقصود وجوب التعريف في شخص محل الالتقاط فانه لم يعهد مضافاً الى عدم الدليل عليه بل الظاهر مـن الادلة كفاية التعريف في المجا مع لاحظ ما رواه يعقوب بن شعيب (* ١) ولاحظ ما رواه ابو خديجة (* ٢) .

وصفوة القول : ان الظاهر مـن الادلة حسب الفهم العرفي وجوب التعريف في محل الالتقاط في المجامع العامة التي يظن وجود المالك فيها نعم يظهر من خبر ابان (* ٣) وجوب التعريف في موضـع الالتقاط لكن الخبر ضعيف .

٢) كما صرح به في خبر ابن شعيب حيث قال عليه السلام « يعرفها سنة في كل مجمع » .

٣) فانه المناسب حسب الفهم العرفي .

٤) لااشكال في انه احوط ولكن لادليل على لزومه .

---

١) لاحظ ص : ٦٢

٢) لاحظ ص : ١١

٣) لاحظ ص : ٦١

العامة ونحو ذلك مما يكون مظنة وجود المالك[١] .

(مسألة٢٦) : اذا التقط في موضع الغربة جازله السفر واستنابة شخص امين في التعريف[٢] ولا يجوز السفر بها الى بلده[٣] نعم اذا التقطها في منزل السفر جازله السفربها والتعريف بها في بلد المسافرين[٤] وكذا اذا التقط في بلده فانه يجوزله السفر واستنابة امين في التعريف[٥] .

(مسألة ٢٧) : اللازم في عبارة التعريف مراعاة ما هو أقرب الى تنبيه السامع لتفقد المال الضايع وذكر صفاته للملتقط فلا يكفي أن يقول من ضاع له شيء أو مال بل لابد أن يقال من ضاع له ذهب أو فضة أواناء أوثوب أونحو ذلك مع الاحتفاظ ببقاء الابهام للقطة فلا يذكر جميع صفاتها وبالجملة يتحرى ما هوأقرب الى الوصول الى المالك فلا يجدي المبهم المحض غالباً ولا المتعين بل أمر بين الامرين[٦] .

---

١) كما هو مورد النصوص .

٢) قد مر انه يجوز الاستنابة .

٣) قد تقدم ان التعريف يلزم ان يكون في محل الالتقاط .

٤) اذ بلادهم محل اجتماعهم فيناسب ان يعرف هناك .

٥) فانه قد مر عدم وجوب مباشرة التعريف .

٦) قال المحقق قدس سره في الشرايع ـ على ما نقل عنه في الجواهر ـ : « لو أو غل في الابهام كان احوط كأن يقول : من ضاع له مال أو شيء فانه أبعد ان يدخل عليه بالتخمين » .

والحق كما أفاده ولا وجه ظاهراً لما افاده في المتن فان الواجب التعريف وأما

(مسألة ٢٨) : اذا وجد مقداراً من الدراهم أو الدنانير وأمكن معرفة صاحبها بسبب بعض الخصوصيات التي فيها مثل العدد الخاص والزمان الحاصل والمكان الخاص وجب التعريف ولاتكون حينئذ ممالاعلامة له الذي تقدم سقوط التعريف فيه[1] .

(مسألة ٢٩) : اذا التقط الصبي أو المجنون فان كانت اللقطة دون الدرهم جـاز للولي أن يقصد تملكها لهما وان كانت درهما فما زاد جاز لوليهما التعريف بها سنة وبعد التعريف سواء أكان من الولي أم من غيره يجري التخيير المتقدم[2].

(مسألة ٣٠) : اذا تملك الملتقط اللقطة بعـد التعريف فعرف صاحبها فان كانت العين موجودة دفعها اليه وليس للمالك المطالبة

تحري ما هو أقرب الى الوصول فلادليل على وجوبه نعم لااشكال في جوازه كما في الجواهر فلاحظ .

١) اذ فرض انه ذو علامة يمكن أن يعرف بها .

٢) قد تقدم الاشكال في جواز التملك ولكن على القول به الظاهر انه لامانـع مـن تولي قصد الولي التملك للمجنون بل لاأرى مانعاً من تحقق التملك بقصد المجنون نفسه التملك الا ان يقوم اجماع على خلافه واما بالنسبة الى الصبي فيشكل حيث ان عمده وخطائه واحد ومما ذكرنا يظهر الاشكال فـي التخيير المذكور اذا كان درهماً فما زاد اذ لايترتب على فعله حكم بل لايقع الامر بالنسبة الى المجنون أيضاً لأنه رفع عنه القلم حتى يفيق فـلا يكون موضوعاً للتكليف ومع عدم كونه موضوعاً لامجال للتولي والنيابة من قبل الولي فلاحظ .

بالبدل[١] وان كانت تالفة أو منتقلة عنه الى غيره ببيع أو صلح أو هبة أو نحوها كان للمالك عليه البدل المثل في المثلي والقيمة في القيمي[٢] وان تصدق الملتقط بها فعرف صاحبها غرم له المثل أو القيمة وليس له الرجوع بالعين ان كانت موجودة ولا الرجوع على المتصدق عليه بالمثل أو القيمة ان كانت مفقودة هذا اذ لم يرض المالك بالصدقة والا فلا

---

١) أما على القول بعدم جواز التملك فما أفاده ظاهر اذ لا وجه لتبدل العين ببدلها بل هي بنفسها باقية على ملك مالكها وامـا على القول بجواز التملك فايضاً مقتضى جملة من النصوص انها ترجع الى مالكها الاول لاحظ حديثي محمد بن مسلم (* ١) وحديث علي بن جعفر (* ٢) .

واستدل صاحب الجواهر على المدعى بمارواه ابو بصير (*٣) وهذه الرواية على فرض تمامية سندها لايمكن الاستدلال بها على المدعى اذ لا اشكال في عدم شمولها للمقام لأن اللقطة لها حكم خاص ولذا حملها صاحب الوسائل على ما دون الدرهم واستدل أيضاً بمارواه ابو خديجة (*٤) ولا بأس بدلالتها على المدعى لكن السند مخدوش .

٢) ان قلنا بعدم جواز التملك فالضمان على القاعدة بل على هذا القول يكون التصرف الاعتباري في العين فاسداً كما هو واضح فمع امكان رد نفس العين يجب وأما على القول بالجواز فيمكن التمسك للضمان ببعض النصوص لاحظ ما عـن

---

١) لاحظ ص : ٥٤

٢) لاحظ ص : ٤٤

٣) لاحظ ص : ٥٩

٤) لاحظ ص : ١١

رجوع له على احد وكان له اجر التصدق[١].

(مسألة ٣١) : اللقطة امانة في يد الملتقط لا يضمنها الا بالتعدي عليها أو التفريط بها[٢] ولا فرق بين مدة التعريف وما بعدها[٣] نعم اذا تملكها أو تصدق بها ضمنها على ما عرفت[٤].

(مسألة ٣٢) : المشهور جواز دفع الملتقط اللقطة الى الحاكم فيسقط وجوب التعريف عن الملتقط[٥] وفيه اشكال وكذا الاشكال في جواز أخذ الحاكم لها أو وجوب قبولها[٦].

أبي الحسن عليه السلام (* ١).

١) كما يدل عليه ما رواه ابن جعفر (* ٢).

٢) كما هو حكم الامانات لكن ما تقدم آنفاً من الحديث المروي عن أبي الحسن عليه السلام (* ٣) يدل بالصراحة على الضمان بلا تقييد بقيد الا أن يتمسك بالاجماع على عدم الضمان والله العالم.

٣) لوحدة الملاك.

٤) وقد تقدم مستند الحكم.

٥) قال في الجواهر في شرح قول المحقق في هذا المقام « فانه جايز لأنه ولي الغائب في الحفظ بل في المسالك يجب عليه القبول لأنه معد لمصالح المسلمين ومن أهمها حفظ اموالهم » الخ.

٦) الظاهر ان الوجه في الاشكال ان ولاية الحاكم من باب الحسبة ومن الظاهر

(*) ١) لاحظ ص : ٤٤

(*) ٢) لاحظ ص : ٦١

(*) ٣) لاحظ ص : ٤٤

(مسألة٣٣) : اذاشهدت البينة بأن مالك اللقطة فلان وجب دفعها اليه[١] وسقط التعريف[٢] سواء أكان ذلك قبل التعريف أم في أثنائه أم بعده قبل التملك أم بعده[٣] نعم اذا كان بعد التملك فقد عرفت انه اذا كانت موجودة عنده دفعها اليه وان كانت تالفة أو بمنزلة التلف دفع اليه البدل وكذا اذا تصدق بها ولم يرض بالصدقة[٤] .

(مسألة ٣٤) : اذا تلفت العين قبل التعريف فان كانت غير مضمونة بأن لا يكون تعد أو تفريط سقط التعريف[٥] . واذا كانت مضمونة لم يسقط وكذا اذا كان التلف في أثناء التعريف ففي الصورة الاولى يسقط التعريف وفي الصورة الثانية يجب اكما له فاذا عرف

ان وظيفة الملتقط الفحص ثم الحفظ او التخيير بين الامور الثلاثة على القول به فلا وجه لدخالة الحاكم وان شئت قلت : تصل النوبة الى الحاكم فيما يكون المال في معرض التلف واما مع قيام الملتقط بوظيفته فلا مجال لدخالة الحاكم . وعلى الجملة : ان الملتقط مكلف بتكليف خاص وليس له رفع اليد عن وظيفته .

١) لحجية البينة .

٢) اذ لامعنى للتعريف بعد معرفة المالك وايصال الامانة اليه كما هو أوضح من أن يخفى .

٣) اذ البينة حجة وبعد قيامها يثبت شرعاً انفلاناً هو المالك فلايبقى موضوع لأحكام اللقطة .

٤) قد تقدم الكلام حول المسألة فراجع .

٥) الامر كما افاده لكن قد مر الاشكال في الحكم بعدم الضمان فلاحظ .

المالك دفع اليه المثل أو القيمة[١] .

(مسألة ٣٥) : اذا ادعى اللقطة مدع وعلم صدقه وجب دفعها اليه[٢] وكذا اذا وصفها بصفاتها الموجودة فيها مع حصول الاطمينان بصدقه[٣] ولا يكفي مجرد التوصيف بل لا يكفي حصول الظن[٤] .

---

١) اذ المفروض تحقق الضمان ويجب على الضامن الخروج عن العهدة . ان قلت: التعريف بمقدار خاص ثم ترتيب احكام مخصوصة آثار للعين حسب دلالة الادلة والمفروض تلف العين فما وجه ترتيب تلك الآثار على الضمان الناشيء عن التلف ولذا نرى ان الفقهاء لا يرتبون تلك الآثار على مطلق مجهول المالك كما لو سرق شيئاً ثم ندم واراد التخلص من المظلمة ولكن لا يعرف صاحب المال قلت الأمر كما ذكرت لكن لا يبعد ان العرف لا يفرق بين العين وبدلها في تلك الاحكام والآثار ولكن الانصاف ان في النفس شيئاً .

٢) بلا اشكال .

٣) لحجية الاطمينان عند العقلاء وقد امضاه الشارع .

٤) لعدم الدليل على اعتبار ادعائه ومقتضى الأصل خلافه ويستفاد من حديث سعيد الجعفي بلحاظ تقرير الامام عليه السلام ان التوصيف يكفي في الدفع قال: خرجت الى مكة وانا من اشد الناس حالا فشكوت الى أبي عبدالله عليه السلام فلما خرجت من عنده وجدت على بابه كيساً فيه سبعمأة دينار فرجعت اليه من فوري ذلك فأخبرته فقال : يا سعيد اتق الله عزوجل وعرفه في المشاهد ـ وكنت رجوت ان يرخص لي فيه ـ فخرجت وانا مغتم فأتيت منى فتنحيت عن الناس وتقصيت حتى اتيت المافوقة فنزلت في بيت متنحياً عن الناس ثم قلت : من يعرف الكيس فأول صوت صوته اذا رجل على رأسي يقول: انا صاحب الكيس فقلت في نفسي

. . . .

أنت فلا كنت قلت : ما علامة الكيس ؟ فأخبرني بعلامته فـدفعته اليه قال : فتنحى ناحية فعدها فاذا الدنانير على حالها ثم عـد منها سبعين ديناراً فقال : خذها حلالا خير من سبعمائة حراماً فأخذتها ثم دخلت على ابي عبدالله عليه السلام فأخبرته كيف تنحيت وكيف صنعت فقال : اما انك حين شكوت الي امرنا لك بثلاثين ديناراً يا جارية هاتيها فأخذتها وانا من احسن قومي حلالا (* ١) .

لكن الحديث مخدوش سنداً بالجعفي حيث انه لم يوثق بقي في هذا الفرع أمران :

احدهما : ان المدعي لملكية اللقطة اذا كان ثقة فهل تدفع اليه بلا بينة أم لا ربمـا يقال : بجواز الدفع بل بوجوبه لحجية قول الثقة في الموضوعات وانمـا لانلتزم بالكفاية في باب الدعاوي والقضاء لدليل خاص .

ولكن يمكن أن يرد على هذا التقريب بأن حجية قول الثقة في الموضوعات ليس مدلول آية او رواية بل بلحاظ جريان السيرة عليها وامضاء الشارع هذه السيرة ولم يثبت من العقلاء قبول قوله فيما يرجع الى جر النار الى قرصه .

ثانيهما : انه يستفاد من حديثين قبول قول المدعي بلامعارض الأول : مارواه منصور (*٢) والظاهر ان الرواية نقية السند ولكن يمكن أن يناقش فيها بأن المدعي في مورد الرواية ذو اليد بالنسبة الى المال .

الثاني : ما رواه احمد بن محمد بن ابي نصر قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذي يسوي دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه ايحل له امساكه ؟ قال فقال: اذا عرف صاحبه رده عليه وان لم

---

١) الوسائل الباب ٦ من أبواب اللقطة

٢) لاحظ ص : ٢٦

(مسألة ٣٦) : اذا عرف المالك وقد حصل للقطة نماء متصل دفع اليه العين والنماء سواء حصل النماء قبل التملك أم بعده [1] وأما اذا حصل لها نماء منفصل فان حصل قبل التملك كان للمالك وان حصل بعده كان للملتقط [2] أما اذا لم يعرف المالك وقد حصل لها نماء فان كان متصلا فان تملك اللقطة ملكه تبعاً للعين [3] وأما اذا كان منفصلا ففي جواز تملكه اشكال والاحوط التصدق به [4] .

(مسألة ٣٧) : لو عرف المالك ولكن لم يمكن ايصال اللقطة اليه ولا الى وكيله فان أمكن الاستئذان منه في التصرف فيها ولو بمثل

يكن يعرفه وملك جناحه فهو له وان جائك طالب لاتتهمه رده عليه (* ١) .

والمستفاد من الرواية ان المدعي لو لم يكن متهماً عند الاخذ يجب عليه أن يدفع ويسلم الطير اليه فهذه الرواية تدل على حجية قول المدعي بلا معارض الا في صورة الاتهام .

١) اذ المفروض انه يجب رد العين والنماء المتصل تابع له عرفاً وشرعاً .

٢) هذا مبني على جواز التملك واما على القول بعدم الجواز فلا يفرق بين الصورتين ومقتضاه كون النماء للمالك على كلا التقديرين .

٣) بناءاً على جواز التملك .

٤) الذي يختلج بالبال أن يقال : تارة ييأس عن الوصول الى المالك واخرى لا اما على الثاني فيجب الفحص عنه فان رد الامانة بمقتضى الكتاب واجب ويحفظ المال لمالكه وأما على الاول فلايبعد أن يقال: بأن مقتضى حديث ابن مهزيار (*٢)

---

١) الوسائل الباب ١٥ من أبواب اللقطة الحديث : ١

٢) لاحظ ص : ٣١ .

الصدقة عنه أودفعها الى أقاربه أونحو ذلك تعين[1] والا تعين التصدق بها عنه[2] .

(مسألة ٣٨) : اذا مات الملتقط فان كان بعد التعريف والتملك انتقلت الى وارثه كساير املاكه[3] وان كان بعد التعريف وقبل التملك فالمشهور قيام الوارث مقامه في التخيير بين الامور الثلاثة أو الامرين وان كان في أثنائه قام مقامه في اتمامه فاذا تم التعريف تخير الوارث

صيرورته ملكاً للأخذ مع وجوب الخمس .

١) لأنه نحو من الايصال والأداء ومع امكان الايصال الى المالك يجب لوجوب اداء الامانة الى اهلها .

٢) الظاهر انه استفيد ما افيد من حديث ابن جعفر (* ١) فانه يستفاد من هذا الحديث انه يجوز التصدق باللقطة بعد تمامية السنة وعدم وجوب الفحص وحيث ان المفروض في المقام عدم اثر للفحص يجب التصدق عنه لعدم جواز التصرف في مال الغير حتى بالامساك وابقائه على حاله .

ان قلت: المذكور في الرواية التصدق ولم يقيد بالتصدق عن المالك فما الوجه في هذا التقييد؟ قلت : لايبعد ان العرف يفهم من الرواية بمناسبة الحكم والموضوع ان التصدق يكون عن المالك اذ لاوجه للتصدق عن النفس بمال الغير بلا اذن منه فلاحظ وتأمل فافهم واغتنم .

٣) هذا مبني على جواز التملك فانه عليه يكون من تركته فينتقل الى وارثه بمقتضى قانون الأرث لكن تقدم منا الاشكال في أصل المبنى لاحظ حديث ابن

---

١) لاحظ ص : ٦١

بين الامور الثلاثة أو الاثنين[١] والاحوط اجراء حكم مجهول المالك عليه في التعريف به الى أن يحصل اليأس من الوصول الى مالكه ثم يتصدق به عنه[٢] .

(مسألة ٣٩) : اذا وجد مالا في صندوقه ولم يعلم انه له أو لغيره فان كان لا يدخل احد يده في صندوقه فهو له[٣]

جعفر (* ١) .

١) ويشكل لأنه مبني على القول بانتقال حق الالتقاط الى الوارث ولا دليل عليه فعليه لابد من اجراء حكم مجهول المالك عليه بأن نقول : مع عدم اليأس عن الوصول الى مالكه يفحص عنه ومع اليأس تكون ملكاً للأخذ ولا يخفى انه على هذا المبني لا خصوصية للوارث بل هذا حكم من وضع يده على المال وأخذها فلاحظ وتأمل ودقق النظر وصفوة القول : انه لا يصدق عنوان اللقطة بالنسبة الى الوارث.

٢) قد ظهر مما ذكرنا انه على فرض عدم اخذ المال لا يتوجه تكليف وعلى فرض اخذ المال يتوجه التكليف الى الاخذ بلا خصوصية للوارث ولا يبعد أن يكون الماتن ناظراً فيما ذكره من الاحتياط الى الجمع بين الحقين اذ على تقدير لزوم ترتيب احكام اللقطة لا ينافي التعريف الى زمان حصول اليأس اذ يجوز حفظ العين لمالكها على ما تقدم وعلى تقدير كونه مجهول المالك في قبال اللقطة فقد رتب عليه حكمه من التصدق به بعد اليأس والحق ما بيناه والله العالم .

٣) بلا خلاف كما في الجواهر مضافاً الى أنه مقتضى الظاهر ويدل على المدعى ما رواه جميل بن صالح قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل وجد في منزله ديناراً قال : يدخل منزله غيره ؟ قلت : نعم كثير قال: هذا لقطة قلت : فرجل وجد

---

١) لاحظ ص : ٤٥.

وان كان يدخل أحد يده في صندوقه عرفه اياه فان عرفه دفعه اليه وان انكره فهو له[1] وان جهله لم يبعد الرجوع الى القرعة كما في سائر تردد المال بين مالكين[2] هذا اذا كان الغير محصوراً أما اذا لم يكن فلا يبعد الرجوع الى القرعة فان خرجت باسم غيره فحص عن المالك وبعد الياس منه يتصدق به عنه[3] واذا وجد مالا في داره ولم يعلم انه له أو لغيره فان لم يدخلها احد غيره أو يدخلها قليل فهو له وان كان يدخلها كثير كما في المضائف ونحوها جرى عليه حكم اللقطة[4].

في صندوقه ديناراً قال : يدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئاً ؟ قلت لا قال : فهو له (* ١) .

١) لانحصار الامر بينهما في اثبات احد الطرفين كما ان انتفاء احد الطرفين يقتضي اثبات الطرف الاخر فلاحظ .

٢) بناءاً على حجية القرعة عند الاشكال والاشتباه كما عليها بنائهم .

٣) لا يبعد أن يقال : في صورة عدم الحصر وكون الشبهة غير محصورة يترتب عليه حكم اللقطة بمقتضى حديث جميل (* ٢) فانه يستفاد من هذا الحديث ان المدخل يده في الصندوق اذا كان كثيراً يترتب عليه حكم اللقطة الا أن يقال : بأن صدق اللقطة يتوقف على الضياع وهذا المعنى لا يتحقق بالنسبة الى ما في الصندوق بخلاف الدار اذ لا فرق بين الدار والشارع من هذه الجهة فلاحظ .

٤) في هذه المسألة فروع : الاول : انه لو يدخل داره كثير يكون المال الذي وجده محكوماً عليه بحكم اللقطة والوجه فيه ما رواه جميل .

(* ١) الوسائل الباب ٣ من أبواب اللقطة

(* ٢) لاحظ ص : ٨٦

(مسألة ٤٠) : اذا تبدلت عباءة الانسان بعباءة غيره أو حذائه بحذاء غيره فان علم ان الذي بدله قـد تعمد ذلك جاز اخـذ البدل من باب المقاصة[1] فان كانت قيمته أكثر من مال الاخر تصدق بالزايد ان لم يمكن ايصاله الى المالك[2] وان لم يعلم انه قد تعمد ذلك فان علم رضاه بالتصرف جاز له التصرف فيه والاجرى عليه حكم مجهول المالك ليفحص عن المالك[3] فان يئس منه ففي جواز أخذه وفاءاً عما اخذه اشكال[4]

الثاني : انه لو لم يدخلها غيره يكون المال محكوماً عليه بأنـه ماله وملكه والوجه فيه تلك الرواية مضافاً الى قاعدة اليد .

الثالث : انه لو كان يدخلها قليل غيره فان الماتن حكم بأن المال له ولم يظهر لي وجهه وأيضاً لم يظهر وجه التفريق بين الدار والصندوق فان الحق أن يقال : ان مقتضى القاعدة الرجوع الى القرعة كما حكم بها بالنسبة الى الصندوق .

١) مع الشرائط المقررة في باب التقاص وقد دلت على جوازها جملة من النصوص :

منها : ما رواه داود بن رزين قال : قلت لأبـي الحسن موسى عليه السلام : اني اخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها ثـم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه ؟ قال : خذ مثل ذلك ولا تزد عليه (* ١) ومنها غيره .

٢) قد تقدم حكم مجهول المالك .

٣) كما هو ظاهر .

٤) لعدم الدليل على جواز التقاص في هذه الصورة وعليه يترتب عليه حكم

---

١) الوسائل الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

والاحوط التصدق به باذن الحاكم الشرعي واحوط منه اخذه وفاءاً ثم التصدق به عن صاحبه كل ذلك باذن الحاكم الشرعي[١] .

كتاب الغصب

وهو حرام عقلاً[٢] وشرعاً[٣] ويتحقق بالاستيلاء على مال الغير ظلماً[٤] وان كان عقاراً[٥]

مجهول المالك .

١) لااشكال في حسن الاحتياط التام .

٢) الظاهر انه لايمكن اثبات الحرمة شرعاً بالعقل وبعبارة اخرى ليس للعقل طريق الى الملاكات الشرعية والأحكام الالهية نعم لااشكال في أن الظلم بما هو أمر قبيح وحرام ولكن ليس للعقل تشخيص مصداق هذا الكلي .

٣) بلا اشكال ولاكلام وحرمته شرعاً من ضروريات الفقه ولا تحتاج اثباتها الى اقامه الدليل والبرهان .

٤) قال في مجمع البحرين: «وهو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير ظلماً وعدواناً» .

٥) لصدق الموضوع بل الاجماع عليه بقسميه كما في الجواهر ويدل على المدعى بعض النصوص لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل اكترى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغيرذلك ولم يستامر صاحب الدار في ذلك قال عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيه الغارس ان كان استامره في ذلك وان لم يكن استامره في ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء(*١)

---

١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الغصب الحديث : ٢

ويضمن تمامه بالاستقلال[1] ولو سكن الدار قهراً مع المالك ضمن النصف لو كانت بينهما بنسبة واحدة ولو اختلفت فبتلك النسبة[2] ويضمن المنفعة اذا كانت مستوفاة[3] وكذا اذا فاتت تحت يده[4] ولوغصب الحامل ضمن الحمل[5] ولومنع المالك من

وقال في الجواهر : «لاخلاف ولا اشكال عندنا في أنه يصح غصب العقار ويضمنه الغاصب بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً الى ماسمعته من النصوص والى صحة بيعه وغيره مما يتوقف على تحقق القبض فما عن أبي حنيفة وتلميذه ابى يوسف من عدم تصور غصبه لعدم تصور اثبات اليد فيه واضح الضعف» الى آخر كلامه (* ١) .

وملخص الكلام انه لااشكال في صدق الغصب في العقار بحسب الفهم العرفي فيترتب عليه آثاره وأحكامه فلاحظ .

١) لقاعدة اليد المعروفة عند القوم لاحظ مارواه أبو الفتوح الرازي في تفسيره عن رسول الله صلى الله عليه وآله ، أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه(* ٢) وهذه الرواية وان كانت مخدوشة سنداً لكن لااشكال في اصل الحكم وان الضمان يتحقق بغصب مال الغير .

٢) لتحقق الحكم بمقدار تحقق الموضوع فتلاحظ النسبة .

٣) لاحترام مال الغير .

٤) اذ المفروض ان اليد ضمانية .

٥) وقال في الجواهر : «وغصب الأمة الحامل مثلا غصب لحملها «لولدها»

---

١) الجواهر ج ٣٧ ص : ١٩

٢) مستدرك الوسائل كتاب الغصب الباب ١ الحديث : ٤

امساك الدابة المرسلة فشردت أو من القعود على بساطه فسرق لم يضمن مالم يستند الاتلاف اليه والا فيضمن[١] ولو غصب من الغاصب تخير المالك في الاستيفاء ممن شاء[٢] فان رجع على الاول رجع الاول على الثاني[٣] وان رجع على الثاني لم يرجع على الاول[٤] ولا يضمن الحر مطلقاً وان كان صغيراً[٥]

أيضاً بلا خلاف ولا اشكال لثبوت يده بل استقلاله واستيلائه عليهما فيضمنهما حينئذ معاً » (* ١) الى آخر كلامه والأمر كما أفـاده لصدق الغصب بالنسبة الـى كليهما فلاحظ .

١) الأمر كما أفاده فان الضمان اما يتحقق باليد واما بالاتلاف والمفروض ان يده لم توضع على العين فتحقق الضمان يتوقف على صدق الاتلاف عرفاً فان صدق يتحقق والا فلا فلاحظ .

٢) لتوارد الأيدي على العين الواحدة وثبوت الضمان بالنسبة الى الجميع فيجوز للمالك الرجوع الى كل واحد منهم .

٣) لقرار الضمان عليه هذا في صورة تلف العين واما مع بقائها فالظاهر جواز الرجوع الى كل واحد من الغاصبين اذ وظيفة كل غاصب أن يرد العين المغصوبة الى صاحبها .

٤) لعدم المقتضي والمفروض ان قرار الضمان عليه كما مر .

٥) لعدم المقتضي للضمان وقال في الجواهر في هـذا المقام ـ شرحاً لكلام الماتن ـ : « بلا خلاف محقق اجده فيه » الى أن قال : « ضرورة عدم كونه مـالا حتى يتحقق فيه الضمان » (* ٢) .

---

١) الجواهر ج ٣٧ ص : ٣٠

٢) الجواهر ج ٣٧ ص : ٣٦

الا أن يكون تلفه مستنداً اليه [١] ولاأجرة الصانع لومنعه عن العمل [٢] الا اذا كان اجيراً خاصاً لغيره فيضمن لمن استاجره [٣] ولو كان اجيراً له لزمته الاجرة [٤] ولو استعمله فعليه اجرة عمله [٥] ولوازال القيد عن العبد المجنون أوالفرس ضمن جنايتهما [٦]

---

١) فانه يضمن في هذه الصورة لدليل ضمان اتلاف النفس المحترمة .

٢) الكلام فيه هو الكلام فان عمل الحر لايعد من الأموال ولذا لايكون مستطيعاً ولا يجب عليه الخمس .

٣) لقاعدة الاتلاف الموجب للضمان .

٤) اذ المفروض انـه بنفسه منعه عن العمل الـذي يكون مورداً للاجرة فلاحظ .

٥) لأن عمله ذو قيمة والمفروض انه أتلف عليه ماله المالية فيضمن وادعي على المدعى عدم الخلاف والاشكال .

٦) لأنه سبب ويمكن أن يستفاد المدعى مـن جملة من النصوص منها رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سئل عـن بختي اغتلم فخرج من الدار فقتل رجلا فجاءاخو الرجل فضرب الفحل بالسيف، فقال : صاحب البختي ضامن للدية ويقتص ثمن بختيه (* ١) .

ومنها: ما رواه مسمع بن عبدالملك عن أبي عبدالله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام كان اذا صـال الفحل اول مرة لم يضمن صاحبه فـاذا ثنى ضمن صاحبه (* ٢) .

---

١) الوسائل الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ١٤ من ابواب موجبات الضمان الحديث : ٢

وكذا الحكم في كل حيوان جنى على غيره من انسان أو حيوان أو غيرهما فان صاحبه يضمن جنايته اذا كان بتفريط منه اما بترك رباطه أو بحله من الرباط اذا كان الحيوان من شانه أن يربط وقت الجناية للتحفظ منه[1]

وما رواه علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن بختي اغتلم فقتل رجلا ما على صاحبه ؟ قال : عليه الدية (* ١) .

وتويد المدعى جملة اخرى من الروايات منها ما رواه زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : رجل حفر بئراً في غير ملكه فمر عليها رجل فوقع فيها فقال : عليه الضمان لأن كل من حفر في غير ملكه كان عليه الضمان (* ٢) .

ومنها : ما رواه أبو الصباح الكناني قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : من اضر بشيء من طريق المسلمين فهو ضامن (* ٣) .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمر الدابة فتنفر بصاحبها فتعقره قال : كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه (* ٤) .

١) بلاخلاف ولااشكال كما في الجواهر قال: «تجب حفظ دابته الصائلة كالبعير المغتلم والكلب العقور الذي اقتناه والفرس العضوض والبغل الرامح ونحو ذلك بلا خلاف اجده فيه بل ولا اشكال لقاعدة الضرر وغيرها بل ولو اهمل ضمن جنايتها بلا خلاف ولا اشكال» (* ٥) انتهى موضع الحاجة من كلامه .

---

١) نفس المصدر الحديث ٣

٢ و٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان الحديث ١ و٢

٤) الوسائل الباب ٩ من ابواب موجبات الضمان الحديث : ١

٥) الجواهر ج ٤٢ ص: ١٢٩

ويمكن الاستدلال على المدعى بحديثي الحلبي وابن جعفر (* ١) ومثلهما خبر آخر لابن جعفر في كتابه عن اخيه موسى بن جعفرعليهما السلام قال سألته عن بختي مغتلم قتل رجلا فقام اخو المقتول فعقر البختي وقتله ما حاله ؟ قال : على صاحب البختي ديه المقتول ولصاحب البختي ثمنه على الذي عقر بختيه (* ٢)

وفي المقام روايات يستفاد منها التعارض مع ماقبلها منها ما عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله البئر جبار والعجماء جبار والمعدن جبار (* ٣).

ومنها: ما رواه يونس عن رجل عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال بهيمة الأنعام لايغرم أهلها شيئاً (* ٤).

ومنها : ما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال كان من قضاء النبي صلى الله عليه وآله ان المعدن جبار والبئر جبار والعجماء جبار والعجماء بهيمة الأنعام والجبار من الهدر الذي لايغرم (* ٥).

ومنها : ما رواه عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن ابيه عن آبائه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس والجبار الذي لادية فيه ولا قود (* ٦).

والحديث الثاني ضعيف سنداً ببعض من فيه والثالث ضعيف سنداً بالارسال والرابع بمحمد بن عبدالله بن هلال والخامس بهيثم بن أبي مسروق.

---

١) لاحظ ص : ٩٣

٢) الوسائل الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ٤

٣ و٤) الوسائل الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ٢ و٣

٥ و٦) نفس المصدر الحديث : ٤ و٥

وكذا الحكم في الضمان لو انهار جدار الجار فوقع على انسان أوحيوان أوغيرهما فان صاحب الجدار ضامن اذا كان عالماً بالانهيار فلم يصلحه أويهدمه وتركه حتى انهدم فاصاب عيناً فاتلفها[1] وكذا لو كان الجدار في الطريق العام فان الحكم ضمان صاحب الجدار التلف الحاصل من انهدامه اذا لم يبادر الى قلعه أواصلاحه[2] وضمان صاحب الجدار في الفرضين مشروط بجهل التالف بالحال ان كان انساناً وبجهل مالكه ان كان من الاموال فلو وقف شخص تحت الجدار المنهار أوربط حيوانه هناك مع علمه بالحال فانهدم الجدار فتلف الانسان أوالحيوان لم يكن على صاحب الجدار ضمان[3] وضمان

---

١) لأنه سبب والمستفاد من الأدلة ثبوت الضمان في امثال المقام فلاحظ .

٢) لعين الملاك ويمكن الاستدلال على المدعى بجملة من النصوص منها ما رواه سماعة قال : سألته عن الرجل يحفر البئر في داره أو في أرضه فقال أما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان وأما ما حفر في الطريق أو في غير ما يملك فهو ضامن لما يسقط فيه (* ١) .

ومنها : ما رواه أبو الصباح الكناني قال: قال أبوعبدالله عليه السلام من اضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن له (* ٢) .

٣) لعدم كون استناد التلف اليه بل يستند الى المباشر فلاحظ والنصوص منصرفة عن هذه الصور .

---

١) الوسائل الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ٣

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

الانسان بذمته في ماله لاعلى عاقلته[١] ولو فتح باباً فسرق غيره المتاع ضمن السارق[٢] ولواجج ناراً من شأنها السراية الى مال الغير فسرت اليه ضمنه[٣] واذا لم يكن من شانها السراية فاتفقت السراية بتوسط الريح أوغيره لم يضمن[٤] ويضمن الخمر والخنزير للذمي بقيمتهما عندهم مع الاستتار[٥]

---

١) لعدم المقتضي فان ثبوت الدية على العاقلة على خلاف الأصل الاولى ويحتاج الى قيام الدليل ولا دليل عليه .

٢) لاستناد الأمر اليه والسبب لامقتضي لضمانه وان شئت قلت : المباشر في المقام أقوى فلاحظ .

٣) لصدق الاتلاف .

٤) لعدم صدق الاتلاف الموضوع للضمان .

٥) استدل على المدعى بالنسبة الى القيمة باجماع الفرقة واخبارها كما في الجواهر فانه قدس سره قال في هذا المقام : « باجماع الفرقة واخبارها في محكي الخلاف بل قيل ان الاجماع أيضاً ظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة . أما المتظاهر فلا ضمان وان كان الغاصب كافراً قولاواحداًوكذا الكلام في الخنزير بالنسبة الى ضمانه وعدمه في المسلم والمستتر والمتظاهر وغير ذلك مماعرفت وضمانه بالقيمة عند مستحليه بلا خلاف ولا اشكال وكذا الخمر يضمنها المسلم للذمي المستتربها بالقيمة عند مستحليها باجماع الفرقة واخبارها في محكي الخلاف والتذكرة ولا بحث فيه كما في جامع المقاصد لاستحالة ثبوت الخمر في ذمة المسلم وان كانت مثلية بل عن المبسوط والسرائر والتحرير والمختلف وغيرها ذلك ايضاً اذا كان الغاصب كافراً بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه بل عن الخلاف

دعوى اجماع الفرقة واخبارها عليه ايضاً » (* ١) .

والانصاف انه يمكن أن يستفاد من جملة من النصوص منها: ما رواه منصور قال : قلت لأبى عبدالله عليه السلام لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر وأنا حاضر فيحل لي اخذها فقال انما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك (* ٢) .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن صدقات اهل الذمة وما يؤخذ من جزيتهم من ثمن خمورهم وخنازيرهم وميتتهم قال: عليهم الجزية في اموالهم تؤخذ من ثمن لحم الخنزير أو خمر فكل ما أخذوا منهم من ذلك فوزر ذلك عليهم وثمنه للمسلمين حلال يأخذونه في جزيتهم (* ٣) .

ومنها : ما رواه يونس في مجوسي باع خمراً أو خنازير الى اجل مسمى ثم أسلم قبل أن يحل المال قال : له دراهمه وقال : اسلم رجل وله خمر أوخنازير ثم مات وهي في ملكه وعليه دين . قال يبيع ديانه أوولي له غير مسلم خمره وخنازيره ويقضي دينه وليس له أن يبيعه وهو حي ولا يمسكه (* ٤) .

ومنها : ما رواه داود بن سرحان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له على رجل دراهم فباع خنازير أو خمراً وهو ينظر فقضاه قال: لابأس أما للمقضي فحلال وأما للبايع فحرام (* ٥) .

ومنها : ما رواه عبدالله بن الحسن عن جده علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام : قال : سألته عن رجلين نصرانيين باع احدهما خمراً أو

---

١) الجواهر ج ٣٧ ص : ٤٤

٢) الوسائل الباب ٦٠ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ١

٣) الوسائل الباب ٧٠ من أبواب جهاد العدو الحديث : ١

٤) الوسائل الباب ٥٧ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٢

٥) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب الدين الحديث : ١

وكذا للمسلم حق اختصاصه فيما اذا استولى عليهما لغرض صحيح[١]
ويجب رد المغصوب[٢]

خنزيراً الى اجل فأسلما قبل أن يقبضا الثمن هل يحل له ثمنه بعد الاسلام ؟ قال : انما له الثمن فلا بأس أن يأخذه (* ١) ان الشارع الأقدس امضى مالية الخمر والخنزير بالنسبة الى الذمي فما افاده في المتن من تحقق الضمان بالقيمة بالنسبة الى المستتر وعدمه بالنسبة الى المتظاهر تام بالاخبار والأجماع فدعوى وضوح الحكم ليس جزافاً .

١) اذ لو كان له غرض صحيح يثبت له حق الاختصاص فيجب رده اليهوأما مع التلف فيشكل الأمر اذ لو قلنا ان قيمة العين يثبت في الذمة فلا قيمة للخمر فلا مجال لثبوتها في الذمة وان قلنا بثبوت المثل فيهافالمقتضي قاصر اذ دليل على اليد بدون التوسل بالاجماع والسيرة غير تام لعدم تمامية سنده فالمدرك منحصر في الاجماع فلاحظ .

٢) قال في الجواهر : « لاخلاف بيننا في أنه يجب رد المغصوب مادام باقياً بل الاجماع بقسميه عليه ان لم يكن ضرورة من المذهب » (*٢)الى آخر كلامه .

وتدل على المدعى جملة من النصوص الدالة على حرمة التصرف في مال الغير فمنها : ما رواه سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام (في حديث) ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال : من كانت عنده أمانته فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لايحل دم امرء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه (* ٣) .

ومنها : ما روي عن صاحب الزمان عليه السلام قال: لايحل لأحد أن يتصرف

---

١) الوسائل الباب ٦١ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١
٢) الجواهر ج ٣٧ صفحه ٧٥
٣) الوسائل الباب ٣ من أبواب مكان المصلي الحديث : ١

. . . .

في مال غيره بغيره اذنه (* ١) .

ومنها : ما رواه أبو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر وأكل لحمه معصية وحرمة ماله كحرمة دمه (* ٢) .

فان امساك مال الغير بلاحق نوع من التصرف فلايجوز مضافاً الى ما وردفي خصوص حرمة الغصب : منها ما عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام وذكر مايختص الامام الى أن قال : وله صوافي الملوك ماكان في أيديهم على غير وجه الغصب لأن الغصب كله مردود (* ٣) .

ومنها : ما رواه محمد بن الحسين الرضي في نهج البلاغة قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها (* ٤) .

ومنها : ما رواه الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله في حديث المناهي قال : من خان جاره شبراً من الأرض جعله الله طوقاً في عنقه من تخوم الأرض السابعة حتى يلقى الله يوم القيامة مطوقاً الا أن يتوب ويرجع (* ٥) .

ومنها : ما رواه عبدالعزيز بن محمد الدراوردي قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عمن أخذ أرضنا بغير حقها وبنى فيها قال يرفع بناؤه وتسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق (* ٦) .

ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله من أخذ أرضنا بغير حق كلف أن يحمل

---

١) الوسائل الباب ١ من ابواب الغصب الحديث : ٤

٢) الوسائل الباب ١٥٨ من أبواب احكام العشره الحديث : ٣

٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الغصب الحديث : ٣

٤ و٥) نفس المصدر الحديث : ٥ و٢

٦) الوسائل الباب ٣ من ابواب الغصب الحديث : ١

فان تعيب ضمن الارش(١) فان تعذر الرد ضمن مثله ولو لم يكن مثلياً ضمنه بقيمته يوم الغصب(٢)

ترابها الى المحشر (* ١) .

١) اذ المفروض ان اليد ضمانية فتوجب الضمان ومقتضاه وجوب رد العين مع الأرش وادعى في الجواهر عدم الخلاف فيه بل ادعى عليه الاجماع بقسميه .

٢) ما يمكن أن يقال أو قيل في وجه ضمان المثلى بالمثل وفي القيمي بالقيمة وجوه : الوجه الأول حديث على اليد (* ٢) .

ويرد عليه انه لايبعد أن يكون المستفاد من الحديث ان ضمان ما أخذ الى زمان الأداء اى مادام المأخوذ في يد الاخذ يكون الاخذ ضامناً بالنسبة اليه وارتفاع الضمان بادائه فلا يرتبط بالمقام .

وربما يقال : بأن المستفاد من الحديث ان المأخوذ مضمون بنفسه وعلى تقدير التعذر تصل النوبة الى المثل وعلى تقدير التعذر تصل النوبة الى القيمة فلاينطبق على مـا هو المشهور عندهم من الضمان في المثلى بالمثل وفي القيمي بالقيمة مضافاً الى أن الحديث ضعيف سنداً فلاتصل النوبة الى ملاحظة دلالته .

الوجه الثاني مادل من النصوص على أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه لاحظ ما من عن كتاب المجالس والأخبار من وصايا النبى لأبي اذر يا أباذر سباب المسلم فسوق وقتاله كفر واكل لحمه من معاصى الله وحرمة ماله كحرمة دمه (* ٣) .

وما رواه أبو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر واكل لحمه معصية لله وحرمة ماله كحرمة

---

١) نفس المصدر الحديث : ٢

٢) لاحظ ص : ٩٠

٣) الوسائل الباب ١٥٢ من احكام العشرة الحديث ٩

. . . .

دمه (* ١) .

ولا يخفى ان المستفاد من هـذه النصوص الحكم التكليفى لاالوضعى وعلى تقدير التنزل لاتدل على المدعى بل تدل على الضمان .

الوجه الثالث النصوص الدالة على ان الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري اخذهـا صاحبها واخذ المشتري ولده بالقيمة لاحظ ما رواه جميل بن دراج عـن بعض اصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جاريـة فاولدها فوجدت مسروقة قال يأخذ الجاريـة صاحبها ويأخذ الرجل ولـده بقيمته (* ٢) .

والجواب ان المستفاد من هذه النصوص ليس ما هو المشهورعندهم من كون ضمان المثلى بالمثل وفي القيمي بالقيمة وبعبارة واضحة المستفاد من هذه النصوص ان صاحب الولد يأخذ ولده ويدفع قيمته ولايستفاد من النصوص المشار اليها ما هو المشهور عندهم من ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة فلاحظ .

الوجه الرابع الاجماع على المدعى وفيه انه مدركي ولا اقل من احتماله فلا يكون تعبدياً كاشفاً عن رأى المعصوم .

الوجه الخامس قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (* ٣) وتقريب الاستدلال على المدعى بالاية يتوقف على امور ثلثة :

الاول: أن يكون المرادبكلمة (ما) الموصول وأما اذاكان المراد بهاالمصدر تكون الاية اجنبية عن المدعى فتختص الاية بالاعتداء بالأفعال ولا يرتبط بالأموال وعن الأردبيلى قدس سره تعين هذا الاحتمال .

الثاني أن يكون المراد بالموصول الشيء المعتدى بأن يكون المرادفاعتدوا

---

١) نفس المصدر الحديث : ١٢

٢) الوافى ج ١٠ من الباب ١١٨ من أبواب احكام التجارة ص ١٠١

٣) البقرة / ١٩٤

. . . .

عليه بمثل الشيء الذي اعتدى به عليكم وفيه انه لادليل على المدعى بل يمكن أن يكون المراد من الموصول الفعل لاالشيء الخارجي فلا ترتبط الاية بالمقام .

الثالث : أن يكون المراد من المثل في الاية المثل في المثلي والقيمة في القيمي ولا دليل على هذه الدعوى اضف الـى ذلك انه لاتستفاد من الايـة جواز تملك مال الغير في مقابل تلف المال بل يستفاد جواز الاتلاف في مقابل الاتلاف .

اذا عرفت ما تقدم نقول تارة يقع الكلام فيما هو مقتضى القاعدة الاولية واخرى فيما هو مقتضى النص الخاص فالبحث في موضعين :

أما الموضع الاول فنقول: مقتضى القاعدة الأولية ان المغصوب يرد بعينه ومع عدم الامكان تصل النوبة الى مثله ومع تعذر مثله تصل النوبة الى قيمته وعليه يكون الضمان دائماً بالمثل غاية الأمر كفاية اداء القيمة من باب اللابدية وعدم امكان دفع المثل كما هو المفروض وعلى هذا الأساس لامجـال لأن يقال لابد من دفع المثل فـي المثلي والقيمة في القيمي ولا يكتفى باحدهما في موضـع الاخر بـل الضمان دائماً بالمثل والواجب دفع قيمة المثل والسيرة جارية عليه فلو لم يكن نص خاص في المقام لابد من الالتزام بدفع قيمته يوم الاداء لأن الغاصب ضامن للمثل فالواجب عليه دفع قيمة ما في ذمته والثابت في ذمته هو المثل كما ذكرنا .

وأما الموضع الثاني فيمكن أن يقال ان المستفاد من حديث أبي ولاد ان الميزان بيوم الغصب لاحظ ما عن أبي ولاد الحناط قال اكتريت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائيا بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الـى النيل فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت الى صاحبي توجه الى بغداد فاتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه ورجعنا الى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يومـاً فأخبرت صاحب البغـل بعذري

. . . .

وأردت ان اتحلل منه مما صنعت وأرضيه فبذلت لهخمسهعشر درهماً فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة فأخبرته بالقصة الى أن قال وحججت تلك السنة فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما افتى به ابو حنيفة فقال في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركتها قال فقلت لابي عبدالله عليه السلام فما ترى أنت ؟ فقال أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفه الى النيل ومثل كراء بغل راكباً من النيل الى بغداد ومثل كراء بغل من بغداد الى الكوفة توفيه اياه قال فقلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفه ؟ فقال : لالأنك غاصب قال : فقلت له ارأيت لوعطب البغل ونفق أليس كان يلزمني ؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل كسر أودبرأ وغمز فقال : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه الخ (* ١) .

ومورد الاستدلال على المدعى قوله عليه السلام « نعم قيمة بغل يوم خالفته » والاستدلال بهذه الجملة على المدعى يتوقف على رجوع القيد وهو يوم خالفته الى القيمة اما باضافة القيمة الى البغل والبغل الى اليوم بنحو تتابع الأضافات كقول الشاعر(وليس قرب قبرحرب قبر) أو باضافة القيمة الى البغل واليوم معاً أو باضافة المحصل من المضاف والمضاف اليه الى اليوم واما بكون اليوم ظرفاً للقيمة بلا اضافة اما الاحتمال الأول فيرده ان البغل من الذوات ولا يكون قابلا للتقييد بالزمان مضافاً الى أن المعرف بلام التعريف لايضاف وفي بعض النسخ يكون لفظ البغل معرفاً بلام التعريف وأما الاحتمال الثاني فهو غير معهود في الاستعمالات وأما الاحتمال الثالث فلابأس به وعليه يكون المستفاد من الرواية في ضمان القيميات قيمة يوم الغصب .

ولكن يتوقف على تجريد لفظ (بغل) عن لام التعريف وأما الاحتمال الرابع

١) الوسائل الباب ١٧ من احكام الاجارة الحديث : ١

فتقريبه أن يكون اليوم ظرفاً للقيمة لأنالقيمةبمعنى ما يتقوم به وهوالمعنى الحدثي وقابل لأن يقيد بالزمان وعليه ينون لفظ البغل على الجر باضافة القيمة اليه ويؤيد هذا الوجه ان لفظ (بغل) معرف في بعض النسخ وغيرقابللأن يضاف الى ما بعده فيكون المعنى ان اللازم على الغاصب قيمة البغل قيمة يوم الغصب .

وفي المقام احتمال آخر وهو رجوع قوله يوم خالفته الى قوله عليه السلام (نعم) اى يلزمك القيمة يوم خالفته فتكون اجنبية عن المراد اذ يكون المراد منها ان الضمان ولزومه يوم المخالفة فلا تعرض للمقدار ويرد في هذاالاحتمال اشكالان

احدهما : ان لزوم الضمان يوم المخالفة وهذا امر واضح لايحتاج الى البيان اذ الغصب يتحقق في ذلك اليوم ثانيهما: ان لازمه انتقال الضمان بالقيمة قبل تلف العين ومع بقاء البغل ولم يقل به احد .

ثم انه قد توجهت ايرادات الى الرواية على المعنى المستفاد منها : الأول انه لو كان المناط يوم المخالفة لم يكن وجه لتعرضه عليه السلام ليوم الاكتراء بقوله (أو يأتي صاحب البغل بشهود) فلا خصوصية ليوم الغصب .

والجواب انه لايبعد أن يكون السرفي ذلك اتحاديوم الاكتراء مع يوم المخالفة في مورد السؤال فان المتعارف في الأسفار القريبة اكتراء الدابة في وقت الحركة لاقبل ايام فلا يكون فصل بين زمان الاكتراء والمخالفة فصلامعتداً به وهذا الاشكال المذكور يؤيد المدعى فالامام عليه السلام قد عبر عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء اي يوم الغصب .

الثاني انه قال أبو ولاد (قلت فان اصاب البغل كسر أو دبر أو غمز) ؟ فقال: عليه السلام « عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه » فان الظاهر من هذه الجملة هو ان الضمان بقيمة يوم الردلأن الظرف متعلق بلفظ (عليك) لتضمنه معنى

. . . .

يلزمك فتكون هذه الجملة منافية لما ذكرنا من أن المستفاد من كلامه عليه السلام ان المناط بيوم الغصب .

واورد عليه سيدنا الاستاد بأن لازمه استقرار الضمان على الغاصب في زمان الرد مع انه واضح البطلان لأن ضمان المغصوب يستقر على الغاصب من زمان الغصب مضافاً الى أنه على هذا يلزم أن لايكون تعرض في الرواية بأن هذا التفاوت من يوم الغصب أم من يوم التلف أو من يوم الرد فتكون مجملة وكون المراد من الجملة السابقة يوم الغصب يعين ان المراد من هذه الجملة يوم الغصب .

وربما يقال ان الظرف اى لفظ اليوم متعلق بلفظ قيمة فيكون المعنى انه عليك تفاوت مابين الصحة والعيب يوم الرد وبعبارة اخرى المستفاد من الحديث ان مجرد رد العين لااثر له بل يجب رد ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب فتكون هذه الجملة منافية مع المستفاد من الجملة السابقة وبعبارة اخرى يستفاد من الحديث ان التفاوت بين الصيحح والمعيب في يوم الرد يلزمك فيلزم التفكيك بين ضمان العين وضمان الأرش فان المناط في الأول بيوم الغصب وفي الثاني بيوم الرد .

وعن الشيخ الأنصاري قدس سره بأن الظرف متعلق بعليك لاقيد للقيمة اذلاعبرة في ارش العيب بيوم الرد اجماعاً لأن النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين .

واورد عليه سيدنا الاستاد بأنه لامجال لهذا الاشكال لأن الاجماع على التبعية لايدفع هذا الاحتمال اذ لو كان المناط في مقدار الأرش بيوم الرد يكشف ان ضمان اصل العين منوط بيوم الرد ولا اجماع على خلافه والصحيح في الجواب أن يقال انه لاملزم للالتزام بكون الظرف قيداً للقيمة بلا قرينة بل ظهور الجملة السابقة

. . . .

في كون الميزان في الضمان يوم الغصب يدفع هذا الاحتمال .

الثالث انه سأل أبو ولاد الامـام عليه السلام عن المقوم واجابه عليه السلام أنت وهو الى آخر كلامه .

وقـال الشيخ الأنصاري قدس سره : ان هذه الجملة مؤيدة لكون المدار في تعيين القيمة يوم التلف بتقريب انه لو كان المدار يوم الغصب كان المالك مدعياً لدعواه زيادة القيمة المخالفة للأصل وكان الغاصب منكراً ومقتضى القاعدة توجه الحلف الى الغاصب والبينة الى المالك وبعبارة اخرى كيف يمكن الجمع بين البينة واليمين فان المالك ان كان مدعياً تجب عليه اقامة البينة وان كان منكراً تجب عليه اليمين فلو جعلنا الملاك يوم المخالفة يلزم أن تكون الروايه مخالفة للقواعد من ناحتين: الأولى ان دعوى الزيادة من المالك مخالفة للأصل فلا يتوجه اليه اليمين الثاني انه لو توجهت اليه اليمين لاتسمع منه البينة فلابد من جعل الملاك يوم التلف كي لايتوجه اشكال فنقول الامام تعرض لصورتين :

الصورة الأولى: ان يتفق المالك والغاصب على قيمة يوم الاكتراء فالغاصب يدعي نقصانه يوم التلف والمالك ينكر النقصان واليمين على من أنكر .

الصورة الثانية: أن يتفق المالك والغاصب على اتحاد قيمة يوم المخالفة ويوم التلف لكن المالك يدعي الزيادة والغاصب ينكرها فعلى المالك اقامـة البينة اذ المفروض كونه مدعياً .

ويرد عليه انه يمكن تصوير النزاع بنحو ينطبق على الموازين مع كون المدار يوم الغصب بأن نقول لو اتفقا على القيمة يوم الاكتراء ولكن يدعي الغاصب نقصانها والمالك ينكر النقصان تكون البينة على المدعي وهو الغاصب واليمين على المنكر وهو المالك وأما لو اتفقا على أن القيمة يوم الاكتراء هي القيمة يوم الغصب لكن

. . . .

المالك يدعي انها مقدار كذائي والغاصب ينكر ويعترف باقل منه فالبينة على المالك واليمين على الغاصب فلا فرق بين القولين من هذه الجهة .

وعن الايرواني قدس سره ان مورد الرواية خارج عن حكم القضاء والنزاع بل حلف كل منهما لأجل اذعان الطرف الاخر كما هو الشايع في الاختلاف بين الناس فلا موضوع للاشكال المذكور .

وافاد سيدنا الاستاد بأن حمل الرواية على الأمر العادي العرفي خلاف الظاهر كما ان الظاهر من الخبر ان المالك مخير بين اقامة البينة والحلف لان كل واحد من الأمرين حكم صورة غير الاخرى .

فالحق أن يقال ان قاعدة البينة على المدعي واليمين على من انكر ليست من القواعد العقلية التي لاتقبل التخصيص فمقتضى القاعدة أن نقول ونلتزم بأنه في كل مورد تحقق الغصب بالنسبة الى دابة أو بالنسبة الى كل قيمي يكون الخيار بين الأمرين للمالك وهذا يناسب ارغام الغاصب والقضية المعروفة بينهم بأنه يؤخذ باشق الأحوال فلاحظ فانقدح ان الميزان يوم الغصب .

وربما يقال : بأن الضمان باعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف وما يمكن أن يقرب به وجوه :

الوجه الأول : ان المستفاد من الحديث ان المغصوب مضمون على الغاصب في جميع ازمنة الغصب اذ الميزان بيوم المخالفة وهذا العنوان يصدق على جميع ايام الغصب وعليه فان رد الغاصب نفس العين فهو والا فان رد أعلى القيم فقد رد قيمة يوم المخالفة بقول مطلق لدخول القيمة السفلى في العليا ضرورة انه لايجب عليه دفع قيمة كل يوم كما انه لو رد القيمة النازلة لم يرد القيمة بقول مطلق فاللازم عليه رد اعلى القيم .

واجاب سيدنا الاستاد عن هذاالتقريب بأن الطبيعي يصدق على اول فرد يوجد منه والظاهر من الحديث ان المناط هواليوم الأول من المخالفة لامطلق يوم المخالفة والذي يدل على المدعى بوضوح انه عليه السلام حكم بأن لو شهد الشاهدان على القيمة يوم الاكتراء يؤخذ بشهادتهم وقلنا ان يوم الاكتراء ويوم المخالفة متحد .

الوجه الثاني : ان الغاصب اذا وضع يده على المغصوب اشتغلت ذمته بـه فلو ادى العين أو ادى أعلى القيم في فرض تلف العين لفرغت ذمته قطعاً والايشك في فراغ ذمته وقاعدة الاشتغال محكمة .

وفيه ان الأمر دائر بين الأقل والأكثر ومقتضى البرائة عـدم الاشتغال بالزائد مضافاً الى أن الاجتهاد في قبال النص غيـر صحيح والمفروض ان المستفاد مـن النص ان المناط يوم الغصب فلاحظ .

الوجه الثالث: ان مقتضى الاستصحاب بقاء الضمان الى زمان اداءأ على القيم وفيه ان مقتضى الاستصحاب عدم الاشتغال الا بالاقل مضافاً الى أنه لاتصل النوبة الى الأصل مع وجود الدليل الاجتهادي والمفروض ان المستفاد من النص قيمة يوم المخالفة .

الوجه الرابع : انه لو لـم يدفع أعلى القيم يتضرر المالك والضرر منفي في الشريعة .

وفيه انه لاتصل النوبة الى هذه التقاريب مع وجود النص مضافاً الى أن حديث نفى الضرر يقتضي النفى لاالاثبات بالاضافة الأأن الالزام بالأعلى ضرر على الغاصب وهو يؤخذ باشق الأحوال لادليل عليه اضف الـى ذلك كله انا ذكرنا فـي بحث القاعدة ان المستفاد منها حرمة الأضرار فلاحظ .

الوجه الخامس: لوجوب رد أعلى القيم من زمان الغصب الى زمان التلف

. . . .

ان الغاصب ازال يد المالك عن المغصوب بماله من المالية في جميع الأزمنة ومن جملة تلك الأزمنة زمان علو القيمة فان رد الغاصب العين فقد خرج عن عهدة الضمان بداهة ان المغصوب نفس العين وأما عند التلف لايمكن الخروج عن العهدة الا برد الأعلى لأن حيلولة الأجنبي توجب الضمان ولذا لو تلفت في زمان علو القيمة لوجبت تلك القيمة .

واورد عليه سيدنا الاستاد بأن قياس المقام بمقام بدل الحيلولة مع الفارق فانه فى ذلك المقام يلزم الضمان ببدل الحيلولة من باب عدم امكان رد العين وأما الكلام في المقام في مقدار الضمان مع فرض تلف العين مضافاً الى أن التعذر في زمان علو القيمة اختيارية وباختيار الغاصب وفي بدل الحيلولة التعذر غير اختياري اضف الى جميع ذلك ان الاجتهاد في قبال النص غير صحيح ومقتضى حديث أبي ولاد ان الميزان بقيمة يوم الغصب لا بأعلى القيم .

الوجه السادس: ما نسب الى المحقق الايرواني قدس سره وهو انه عند صعود القيمة يصدق ان الغاصب معتد ومقتضى قوله تعالى (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ان الاعتداء بمقدار الاعتداء .

وفيه انه قد مر الاشكال في أصل دلالة الاية على الضمان فكيف بمقداره اضف الى ذلك انه لايناسب الاستدلال بالنحو المذكور مع دلالة حديث أبي ولاد على كون الميزان بيوم الغصب .

الوجه السابع: ان العين مضمونة على الغاصب في جميع الأزمنة ومن جملتها زمان علو القيمة ويرد عليه انه ان كان المراد ضمان العين مادامت باقية فهو صحيح لكن لايدل على المدعى لأنه مع بقاء العين لاتصل النوبة الى ضمان البدل وان كان المراد ان الضمان بالقيمة منجز مع بقاء العين فهو خلاف الاجماع مضافاً الى أنه

ربما يستلزم الجمع بين العوض والمعوض وان كان المراد ان الضمان بأعلى القيم مشروط بتلف العين فهو عين مورد النزاع مضافاً الى أنه خلاف ما يستفاد من حديث أبي ولاد .

فتحصل ان الميزان في القيمي المغصوب بيوم الغصب بمقتضى حديث أبي ولاد وأما في غير المغصوب من القيميات فلابد من قيام اجماع تعبدي عليه والا فمقتضى القاعدة كما ذكرنا ان الميزان بقيمةيوم الاداء وبعبارةاخرى مقتضى القاعدة الأولية ثبوت نفس التالف في الذمة غاية الأمرحيث لايمكن ردهاتصل النوبة الى المثل ومع تعذره تصل النوبة الى القيمة .

وربما يقال ان المستفاد من جملة من الروايات الواردة في ضمان الرهن ان الميزان بقيمة يوم التلف فيقع التعارض بين تلك الروايات وحديث أبي ولاد لاحظ ما رواه سليمان بن خالد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال اذا رهنت عبداً أو دابة فمات فلا شيء عليك وان هلكت الدابة او أبق الغلام فانت ضامن (* ١) .

وماروواه ابان بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال في الرهن اذاضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع بحقه على الراهن فأخذه وان استهلكه تراد الفضل بينهما (* ٢) .

وما رواه اسحق بن عمار قال سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمأة درهم وهو يساوي ثلاثمأة درهم فيهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مأتي درهم؟ قال نعم لأنه اخذ رهناً فيه فضل وضيعه قلت فهلك نصف الرهن قال على حساب ذلك قلت فيترادان الفضل قال نعم (* ٣) .

---

١) الوسائل الباب ٥ من احكام الرهن الحديث : ٨

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

٣) الوسائل الباب ٧ من احكام الرهن الحديث : ٢

. . . .

وما رواه ابن بكير قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام في الرهن فقال : ان كان أكثرمن مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل الى صاحب الرهن وان كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى اليه صاحبه فضل ماله وان كان الرهن سواء فليس عليه شيء (* ١) .

وما رواه أبو حمزة قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام يتراد ان الفضل فقال : كان علي عليه السلام يقول ذلك قلت كيف يترادان فقال ان كان الرهن افضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه وان كان لايسوي رد الرهن ما نقص من حق المرتهن قال: وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك (* ٢) .

والجواب عن هذا الاشكال ان المرتهن لايكون ضامناً للعين المرهونة الا في صورتي الأفراط والتفريط أما في الصورة الاولى فزمان التلف متحد مع زمان الغصب فلا تنافي وأما في الصورة التفريط فيمكن التفكيك بين الزمانين لكن الذي يسهل الخطب ان النصوص الدالة على الضمان لاتعين موقعاً معيناً للقيمة فلا تنافي بين هذه النصوص وحديث أبي ولاد وبما ذكرنا يظهر الجواب عن توهم التعارض بين حديث أبي ولاد والنصوص الواردة في باب العتق لاحظ ماروا ه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه فقال ان ذلك فساد على اصحابه فلايستطيعون بيعه ولا مؤاجرته فقال : يقوم قيمة فيجعل على الذي أعتقه عقوبة وانما جعل ذلك عليه عقوبة لما افسده (* ٣)

وما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن

---

١ و٢) نفس المصدر الحديث : ٣ و١

٣) الوسائل الباب ١٨ من أبواب العتق الحديث ١

والاحوط استحباباً التصالح لواختلفت القيمة من يوم غصبه الى ادائه[١] وفي المثلى يضمن لواعوز المثل قيمة يوم الاداء[٢] ولوزادت للسوق فنقصت لم يضمنها[٣] ولوزادت الصفة فنقصت ضمنها[٤]

قوم ورثوا عبداً جميعاً فاعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي اعتق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقي فقال : نعم يؤخذ بما بقى منه (بقيمته يوم اعتق) (* ١) .

وما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن المملوك يكون بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه قال: ان ذلك فسادعلى اصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرته قال يقوم قيمة فيجعل على الذي اعتقه عقوبة وانما جعل ذلك لما افسده (* ٢) .

١) خروجاً عن شبهة الخلاف وتقريب الاستدلال على المدعى ان القيمي يضمن بمثله وربماتصل النوبة الى القيمة لتعذرالمثل فيجب اعلى القيم لأن العين في كل آن مضمونة .

وفيه اولا : انه لاتصل النوبة الى هذا التقريب مع كون المستفاد من حديث أبي ولاد ان المناط يوم الغصب وثانياً لاوجه لضمان اعلى القيم كما مر قريباً فلاحظ .

٢) اذ المفروض ان الثابت في عهدته المثل فيجب على الضامن اداء قيمة ما في ذمته فيتم ما افاده الماتن .

٣) بلا خلاف اجده فيه بيننا كما في الجواهر (* ٣) لعدم المقتضي للضمان فلاحظ .

٤) اذ المفروض ان اليد يد ضمان ومقتضاه الضمان بمقتضى السيرة العقلائية

---

١) نفس المصدر الحديث : ٦

٢) نفس المصدر الحديث : ٩

٣) الجواهر ج ٣٧ ص : ٨٥

مطلقاً[١] ولو تجددت صفة لاقيمة لها لم يضمنها[٢] ولو زادت القيمة لنقص بعضه مما له مقدر كا لجب فعليه دية الجناية[٣] ولو زادت العين زياده عينية باثره رجع الغاصب بها[٤]

مضافاً الى النص الخاص الدال على وجوب رد المغصوب الي مالكه لاحظ ما رواه حماد بن عيسى عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام وذكر ما يختص الامام الى أن قال : وله صوافي الملوك ما كان في ايديهم على غير وجه الغصب لأن الغصب كله مردود (* ١) .

١) يمكن أن يكون المراد بالاطلاق ان الضمان ثابت ولو لم يكن النقص بفعل الغاصب لأنه مقتضى الضمان فلا يختص الحكم بما يكون بفعل الغاصب .

٢) لعدم المقتضي للضمان ومقتضى الأصل عدمه بل لاموضوع له .

٣) كما هو مقتضى القاعدة اذ بمقتضى الدليل يجب على الجاني دفع الدية فيجب عليه دفعها وزيادة القيمة لاتقتضي رفع اليد عن وجوب دفعها لعدم مايقتضي ذلك فلاحظ .

٤) بلاخلاف اجده فيه كما في الجواهر وادعى عليه الاجماع ويدل على المدعى ما رواه ابن خالد قال سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أتى ارض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما انفقت أله ذلك أم لا ؟ فقال : للزارع زرعه ولصاحب الأرض كراء ارضه (* ٢) .

ويدل على المدعى أيضاً ما رواه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل

---

١) الوسائل الباب ١ من ابواب الغصب الحديث : ٣

٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الغصب الحديث : ١

وعليه ارش النقصان لو نقصت وليس له الرجوع بارش نقصان عينه[1] ولو غصب عبداً وجنى عليه بكمال قيمته رده مع القيمة على قول وفيه

اكترى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلا وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك قال: عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيه الغارس ان كان استأمره في ذلك وان لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء(*١)

ويدل عليه أيضاً ما اورده في الفقيه « وان أتى رجل أرضاً فزرعها بغير اذن صاحبها فلما بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما انفقت فللزاع زرعه ولصاحب الأرض كرى ارضه (* ٢) .

ويمكن أن يقال كما في الجواهر انه على وفق اصول المذهب وقواعده ضرورة كون الزرع والغرس ملك الغاصب والأرض انما هي من المعدات كالماء والهواء ونحوهما (* ٣) .

١) بلا خلاف ولا اشكال ـ كما في الجواهر ـ وهذا مقتضى القاعدة الاولية اذ المفروض انه لاحق له ويكون تصرفه بلا مجوز فعليه ارش النقصان ولامقتضي لأخذ الأرش من المالك بل مقتضى حديث عبدالعزيز خلافه قال سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول من أخذ أرضاً بغير حقها أو بنى فيها قال: يرفع بناؤه وتسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من أخذ أرضا بغير حقها كلف أن يحمل ترابها الى المحشر (* ٤) .

---

١) نفس المصدر الحديث ٢

٢) من لايحضره الفقيه ج ٣ ص ١٤٩ حديث ٩ ذيل الحديث

٣) الجواهر ج ٣٧ ص : ٢٠٣

٤) الوسائل الباب ٣٣ من الاجارة الحديث : ٣

تأمل[١] ولو امتزج المغصوب بجنسه فان كان بما يساويه شارك بقدر كميته[٢]

---

١) نقل عن الشيخ قدس سره ان المالك مخير بين تسليمه واخذ القيمة وبين امساكه ولا شيء له تسوية بين الغاصب في الجناية وغيره وعليه اجماع الفرقه وأخبارهم وقال في الجواهر (* ١) : « ولعل المراد بالأخبار الخبرين الواردين في المقام وهو ما عن غياث عن جعفر عن أبيه عليهم السلام قال : قال علي عليه السلام اذا قطع أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط بقيمته ادى الى مولاه قيمة العبد واخذ العبد (* ٢) ورواه الكليني عن على بن ابراهيم نحوه (* ٣) .

وقال : « لعل المراد من الاجماع عدم فرقهم بين الغاصب وغيره في بابي القصاص والديات الا من بعض ويؤيد المدعى ان رده مع القيمة يوجب الجمع بين العوض والمعوض » .

وكيف كان الذي يختلج بالبال ان مقتضى النص الوارد في المقام عدم الفرق بين الغاصب وغيره واخذ الغاصب باشق الأحوال لادليل عليه فلاحظ ولايبعد أن يكون وجه تأمل الماتن الاشكال في سند الحديث لكن لامقتضي لوجوب كلا الأمرين على الغاصب ومقتضى البرائه عدم وجوب الجمع والله العالم .

٢) اذ الامتزاج بالجنس كما هو المفروض باي نحو كان يقتضي الاشتراك قال في الجواهر « وكل مالين مزج أحدهما بالاخر بحيث لايتميزان تحققت فيهما الشركة اختياراً كان المزج أو اتفاقا مقصوداً به الشركة أولا بلا خلاف اجده فيه بل لعل الاجماع بقسميه عليه » (* ٤) .

---

١) الجواهر ج ٣٧ ص : ١٢٤

٢ و٣) الوسائل الباب ٣٤ من ديات الاعضاء الحديث : ١ و ٢

٤) الجواهر ج ٢٦ ص : ٢٩١

وان كان باجود منه او بالادون فله أن يشارك بقدر ماليته وله أن يطالب الغاصب ببدل ماله(١) وكذا لو كان المزج بغير جنسه ولم يتميز كالخل بالعسل ونحو ذلك(٢) وفوائد المغصوب للمالك(٣) ولو اشتراه جاهلا بالغصب رجع بالثمن على الغاصب(٤) وبما غرم للمالك عوضاً عما لانفع له في مقابلته او كان له فيه نفع(٥) ولو كان عالماً فلا رجوع بشيء

ولا وجه لما عن السرائر من أن مال المالك كالمستهلك وانه خارج عن ملكه ويقتضيه اصول المذهب انه لادليل على خروجه عن ملكه والا كان اللازم الخروج عن الملك ولو كان الامتزاج بغير اختيار او باختيارهما او رضاهما بل مقتضى القاعدة في مفروض الكلام حصول الشركة وبقاء ملك كل واحد على ما كان عليه .

١) بتقريب ان الامتزاج يوجب استهلاك مال المالك ولا يمكن تسليمه بعده ولكن مع ذلك لايسقط حقه عن ملكه فله الخيار بين الامرين .

والذي يختلج بالبال أن يقال ان الامتزاج يوجب الشركة ولامقتضي لخروج المال عن ملك مالكه فيتحقق الشركة بالنسبة وبعبارة اخرى انه لامقتضي لخروج الملك عن مملوكية مالكه بل مقتضى القاعدة الشركة في العين بنسبة تفاوت القيمة

٢) الكلام فيه هو الكلام .

٣) بلا خلاف ـ كما في الجواهر ـ وهذا على طبق القاعدة الأولية اذ الفوائد فوائد للمغصوب على الفرض والفائدة تابعة لذي الفائدة فكلها راجع الى المالك بلا كلام .

٤) اذ المفروض ان العقد فاسد فلم يدخل الثمن في ملك الغاصب ويده يد ضمان فالمشتري يمكنه الرجوع عليه ومطالبته بما اخذ منه .

٥) لأنه مغرور من قبل الغاصب والمغرور يرجع الى من غره .

مما غرم للمالك [١] ولوزرع الغاصب للارض فيهاكان الزرع له [٢] وعليه الاجرة [٣] والقول قول الغاصب في القيمة مـع اليمين وتعذر البينة[٤] .

(مسألة ١) : يجوز لمالك العين المغصوبة انتزاعها من الغاصب ولو قهراً[٥]

---

١) لعدم صدق الغرور فلا وجه للرجوع .

٢) فان الزرع للزارع كما تقدم .

٣) بمقتضى النص لاحظ مارواه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل اكترى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاوأشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستامر صاحب الدار في ذلك قال : عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيه الغارس ان كان استأمره في ذلك وان لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء (*١) والحديث وان كان محل الاشكال سنداً لكن المدعى على طبق القاعدة الأولية .

٤) لأنه مقتضى الأصل ولكن يشكل بلحاظ حديث ابي ولاد (*٢) فان مقتضى هـذا الحديث انه مع الأختلاف في القيمة في القيمي يكون القول قول المالك مع البينة أو اليمين وبعد ذلك تصل النوبة الى يمين الغاصب اللهم الا أن يقال ان المستفاد من الحديث حكم خاص في مورد مخصوص ولا وجه للتعدي عنه الى كل مورد فلاحظ .

٥) هذا على طبق القاعدة الاولية اذ المفروض انه ملكه فيجوز انتزاعه من يد

---

١) الوسائل الباب ٢ من أبواب الغصب الحديث : ٢

٢) لاحظ ص : ١٠٢

واذا انحصر استنقاذ الحق بمراجعة الحاكم الجائر جاز ذلك(١)

الغاصب باي وجه كان .

١) لااشكال عندهم في اشتراط الايمان في القاضي وانه لايجوز الترافع الى قضاة الجور واستدلوا على المدعى بقوله تعالى يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد امروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيد (* ١) وبجملة من النصوص منها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أيما مؤمن قدم مؤمناً في خصومة الى قاض أو سلطان جائر فقضى عليه بغير حكم الله فقد شركه في الاثم (* ٢) .

ومنها ما رواه سالم بن مكرم الجمال قال : قال أبو عبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام اياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً الى أهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه (* ٣) .

ومنها غيرهما المذكور في الباب ١ من أبواب صفات القاضى من الوسائل ولكن قالوا بأنه لو انحصر استنقاذ الحق بمراجعة الجائر جاز ذلك وذكر في وجه الجواز امور :

الأول : النصوص الدالة على جواز الحلف كاذباً تقية منها ما رواه اسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام فى حديث قال : سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف قال لاجناح عليه وعن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلف لينجو به منه قال : لاجناح عليه (* ٤) .

---

١) النساء/ ٥٩

٢) الوسائل الباب ١ من أبواب صفات القاضى الحديث : ١

٣) نفس المصدر الحديث : ٥

٤) الوسائل الباب ١٢ من الايمان الحديث : ١

. . . .

ومنها : ما رواه يونس عن بعض اصحابه عن احدهما عليهما السلام في رجل حلف تقية فقال ان خفت على مالك ودمك فاحلف ترده بيمينك فان لم تر ان ذلك يرد شيئاً فلا تحلف لهم (* ١) .

ومنها ما رواه زرارة قال قلت لأبي جعفر عليه السلام نمر بالمال على العشار فيطلبون منا ان نحلف لهم ويخلون سبيلنا ولا يرضون منا الا بذلك، قال : فاحلف لهم فهو أحل (احلى) من التمر والزبد (* ٢) .

والانصاف ان الجزم بالحكم بهذا التقريب مشكل مع ملاحظة بطلان القياس نعم هذه النصوص لاتخلو عن التأييد للمدعى .

الثاني : انصراف النصوص الدالة على الحرمة عن صورة الضرورة وفيه ان الدليل على المنع الاية الشريفة بالاضافة الى الأجماع ويضاف اليه الاجماع على اشتراط العدالة في القاضي فلاينحصر الدليل في تلك الأخبار كي يدعي انصرافها عن صورة الضرورة بل يمكن أن يقال انه يكفي للاشتراط الشك في الاعتبار اذ اعتبار قول الحاكم وكون حكمه فصلا خلاف الأصل الأولي .

الثالث : قاعدة لاضرر بتقريب ان عدم جواز احقاق الحق عند الضرورة وعدم جواز الترافع اليهم يوجب الضرر المنفي في الشريعة المقدسة .

وفيه : ان المشهور عند القوم ان القاعدة لاتقتضي الاثبات بل مفادها النفي فلا مجال لأن يستفاد من القاعدة اعتبار قول الجائر وجواز حكومته والا يلزم الالتزام بتأسيس فقه جديد مثلا البيع الغرري فاسد فلو توقف بيع مال كثير على بيعه غرراً فهل يمكن الالتزام بالصحة بمقتضى القاعدة ؟ وقس عليه غيره من الموارد كلا مضافاً الى أن الاستدلال بالقاعدة على المدعى يتوقف على القول المشهور بأن

---

١) نفس المصدر الحديث : ٣

٢) نفس المصدر الحديث : ٦

ولايجوز له مطالبة الغاصب بما صرفه في سبيل اخذ الحق [١] وكذا اذا كان له دين على آخر وامتنع من ادائه وصرف مالا في سبيل تحصيله فانه لايجوز له أن يأخذه من المدين [٢] الا اذا اشترط عليه ذلك في ضمن معاملة لازمة [٣]

مفاد القاعدة هو النفى وأما على القول بكون مفادها النهي عن الاضرار كما هو مذهب شيخ الشريعة قدس سره وتبعناه فلا مجال للاستدلال كما هو ظاهر .

الرابع ما رواه ابن مهزيار عن علي بن محمد عليهما السلام قال سألته هل نأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منافى احكامهم فكتب عليه السلام يجوز لكم ذلك ان شاء الله اذا كان مذهبكم فيه التقية منهم والمدارة لهم (* ١) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث انه هل يجوز لنا ان نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم يعنى اذا اضطررنا اليه كما اذا قدمنا الخصم اليهم .

وفيه اولا: ان الرواية غير واضحة المراد وثانياً يكون الدليل اخص من المدعى فان المدعى انه يجوز عند الضرورة والضرورة اعم من التقية والمدارة لهم .

الخامس الاجماع والتسالم بين الاصحاب واشتهار الجواز فى الاعصار والامصار فان تم الأمر بهذا النحو فهو والا فيشكل الامر والله العالم .

١) لعدم المقتضي للجواز ومجرد كون الغاصب عاصياً لايقتضي الجواز وصفوة القول ان جواز اخذ مال من شخص يتوقف على دليل شرعي .

٢) الكلام فيه هو الكلام .

٣) اذ مع الشرط يثبت لمن له الشرط حق على المشروط عليه يقتضي الزامه بالوفاء فلاحظ .

(*) ١) الوسائل الباب ١١ من ابواب آداب القاضي الحديث : ١

واذا وقع في يده مال الغاصب جـاز اخذه مقاصة[1] ولايتوقف على اذن الحاكم الشرعي[2] كمالا يتوقف ذلك على تعذر الاستيفاء بواسطة الحاكم الشرعي[3] ولافرق بين أن يكون مال الغاصب مـن جنس المغصوب وغيره[4] كما لافرق بين أن يكون وديعة عنده وغيره[5]

---

١) لجمله من النصوص منها مـا رواه داود بن رزين قال قلت لابي الحسن موسى عليه السلام اني اخالـط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها ثم يقع لهـم عندي المال فلي أن آخذه قال : خذ مثل ذلك ولا تزد عليه (* ١) .

ومنها ما رواه جميل بن دراج قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده أيأخذه وان لم يعلم الجاحد بذلك ؟ قال : نعم (* ٢) .

ومنها ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل الجحود أيحل أن اجحده مثل ما جحد؟ قال : نعم ولا تزداد (* ٣) .

٢) لاطلاق النصوص الدالة على المقصود .

٣) للاطلاق المستفاد من الروايات فلا مجال لأن يقال: التقاص على خلاف الأصـل الاولي فيتوقف جوازه على الترافع الا مع عدم الامكان فانه لاوجه لهذا التفصيل .

٤) كما هو المستفاد من خبر ابن رزين (* ٤) .

٥) النصوص الواردة في المقام متعارضة فمنها مايدل على الجواز لاحظ ما

---

١) الوسائل الباب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ١٠

٣) نفس المصدر الحديث : ١٣

٤) مر آنفا

. . . .

رواه البقباق بأن شهاباً ما راه في رجل ذهب له بالف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم قال أبو العباس فقلت له خذها مكان الألف التى أخذ منك فأبى شهاب قال: فدخل شهاب على أبي عبدالله عليه السلام فذكر له ذلك فقال أما انا فأحب أن تأخذ وتحلف (* ١).

ومثله في الدلاله ما رواه علي بن سليمان قال :كتبت اليه: رجل غصب مالا او جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة او قرض مثل خيانة أوغصب ايحل له حبسه أم لا ؟ فكتب نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه وان كان اكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقى اليه انشاء الله (* ٢).

ويدل على الجواز أيضاً ما رواه ابـن جعفر في كتابه عن اخيه قال : سألته عن رجل كان له على آخر دراهم فجحده ثم وقعت للجاحد مثلها عند المجحود ، أيحل له أن يجحده مثل ما جحد ؟ قال نعم ولا يزداد (* ٣).

ومنها ما يدل على عدم الجواز لاحظ ما رواه ابن أخي الفضيل بن يسار قال كنت عند أبي عبدالله عليه السلام ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم اليها فقالت لي اسأله فقلت عماذا ؟ فقالت : ان ابني مات وترك مالا كان في يد أخي فاتلفه ثم أفاد مـالا فأود عنيه ، فلي أن آخذ منه بقدر ما اتلف مـن شيء ؟ فأخبرته بذلك فقال : لاقـال رسول الله صلى الله عليه وآله اد الأمانة الى من ائتمنك ولا تخن مـن خانك (* ٤).

وما رواه سليمان بن خالد قال سألت أبـا عبدالله عليه السلام عن رجل وقع

---

١) الوسائل الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٩

٣) الوسائل الباب ٤٨ من أبواب الايمان الحديث : ٤

٤) الوسائل الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٣

. . . .

لي عنده مال فكابرني عليه وحلف ثم وقع له عندي مال آخذه لمكان مالي الذي أخذه وأجحده واحلف عليه كما صنع ؟ قال : ان خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عتبه عليه (* ١) .

وما رواه معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت له : الرجل يكون لي عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعني مالا الي أن آخذ مالي عنده قال: لا هذه الخيانة (* ٢) .

فلابد من علاج التعارض وربما يجمع بين الطرفين بحمل ما يدل على المنع على الكراهة وفيه انه كيف يمكن الالتزام بالكراهة مع قوله عليه السلام في حديث البقباق « أما انا فأحب أن تأخذ وتحلف » فانه عليه السلام لايحب المكروه .

وافاد سيدنا الأستاد انه بعد التعارض والتساقط تصل النوبة الى الأخذ باطلاق ما يدل على جواز المقاصه (* ٣) كخبر ابن رزين (*٤) ولكن التعارض مع عدم وجود المرجح لأحد الطرفين ولنا أن نقول ان ما يدل على المنع موافق للعموم الوضعي الكتابي وهو قوله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها (*٥) وأيضاً مايدل على المنع موافق لقوله تعالى والذينهم لاماناتهم وعهدهم راعون (*٦) وقوله تعالى والذينهم لأماناتهم وعهدهم راعون (* ٧) .

١) نفس المصدر الحديث ٧

٢) نفس المصدر الحديث : ١١

٣) مباني تكملة المنهاج ج ١ ص : ٤٨

٤) لاحظ ص : ١٢١

٥) النساء/٥٨

٦) المؤمنون/٨

٧) المعارج/٣٢

واذا كان مال الغاصب اكثر قيمة من ماله اخذ منه حصة تساوي ماله وكان بها استيفاء حقه[١] ولا يبعد جواز بيعها اجمع[٢] واستيفاء دينه من

ويؤيد المدعى بعض النصوص منها ما رواه عمر بن أبي حفص قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول اتقوا الله وعليكم بأداء الأمانة الى من ائتمنكم فلو ان قاتل علي ائتمنني على أمانة « اداء الأمانة » لأديتها اليه (*١) .

ومنها ما رواه عمار بن مروان قال : قال أبو عبدالله عليه السلام في وصيته له : اعلم أن ضارب علي عليه السلام بالسيف وقاتله لو ائتمنني واستنصحني واستشارني ثم قبلت ذلك منه لأديت اليه الأمانة (* ٢) فالمستفاد منه التأكيد في اداء الأمانة فان قام اجماع تعبدي كاشف على الجواز فهو والا يشكل الجزم بالجواز والله العالم .

ولقائل ان يقول لاتعارض بين الطرفين بل النسبة العموم والخصوص المطلقتين لاحظ حديث سليمان (* ٣) فان هذا الحديث دال على المنع في مورد حلف الغاصب فتكون خاصة بالنسبة الى ما يدل على الجواز بالاطلاق فيوجب تقييده ولكن لامجال لهذا الكلام اذ في النصوص ما يدل على المنع بالاطلاق لاحظ ما رواه معاوية (* ٤) ونحن لانقول بانقلاب النسبة فالتعارض باق بحاله ولايبعد أن يكون الترجيح بالاحدثية مع دليل الجواز .

١) كما صرح به في خبر ابن رزين مضافاً الى أنه مقتضى القاعدة الأولية فان جواز أخذ الزيادة يحتاج الى الدليل .

٢) كماصرح به في الجواهر (* ٥) والأمر كما افاده فان المستفاد من نصوص

---

١) الوسائل الباب ٢ من احكام الوديعة الحديث : ٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٨

٣) لاحظ ص : ١٢٢

٤) لاحظ ص : ١٢٣

٥) الجواهر ج ٤٠ ص : ٣٩٤

الثمن[1] والاحوط ان يكون ذلك باجازة الحاكم الشرعي[2] والباقي من الثمن يرده الى الغاصب[3] ولو كان المغصوب منه قد استحلف الغاصب فحلف على عدم الغصب لم تجز المقاصة منه[4]

الجواز جوازاخذ المغصوب منه بمقدارحقه وهذا يستلزم جواز التصرف في العين وصفوة القول انه لااشكال في أنه مستفاد من نصوص الباب .

١) هذا فيما يتوقف الاستيفاء عليه والا يشكل الجزم بالجواز في الأزيد مما يتوقف عليه الاستيفاء فلاحظ .

٢) خروجاً عن شبهة الخلاف ولا اشكال في كونه احوط كما لااشكال في أن الاحتياط احسن واما لزومه فلا فان مقتضى نصوص الباب جواز المباشرة بلاتوقف على اذن الحاكم فلاحظ .

٣) كما هو مقتضى القاعدة الأولية اذ المفروض انه ملكه فلابد من ايصاله اليه .

٤) لجملة من النصوص منها ما رواه خضر النخعي في الرجل يكون له على الرجل مال فيجحده قال: فان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً وان تركه ولم يستحلفه فهو على حقه (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بخضر .

ومنها ما رواه ابن وضاح قال كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخانني بألف درهم فقدمته الى الوالي فاحلفته فحلف وقد علمت انه حلف يميناً فاجرة فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودراهم كثيرة فاردت ان اقتص الألف درهم التى كانت لي عنده واحلف عليها فكتبت الى أبي الحسن عليه السلام فاخبرته اني قد احلفته فحلف وقد وقع له عندي مال فان امرتني أن آخذ منه الألف درهم التي حلف عليها فعلت ، فكتب : لاتأخذ منه شيئاً ان كان ظلمك فلا تظلمه ولولا انك

---

١) الوسائل الباب ٤٨ من أبواب الايمان الحديث : ١

كتاب احياء الموات

المراد بالموات الارض المتروكة التى لاينتفع بهــا اما لعدم المقتضي لاحيائها واما لوجود المانع عنه كانقطاع الماء عنها أو استيلاء المياه او الرمول او الاحجار او السبخ عليها او نحو ذلك[1] .

(مسألة ١) : الموات على نوعين ١ ـ الموات بالاصل وهو مالم يعلم بعروض الحياة عليه أو علم عدمه كاكثر البراري والمفاوز والبوادي وسفوح الجبال ونحو ذلك ٢ ـ الموات بالعارض وهوما عرض عليه الخراب والموتان بعد الحياة والعمران[2] .

رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ولكنك رضيت بيمينه وقدذهبت اليمين بما فيها فلم آخذ منه شيئاً وانتهيت الى كتاب ابي الحسن عليه السلام(*١) وهذه الرواية ضعيفة بحسن بن علي .

ومنها ما رواه ابن خالد (* ٢) ولكن هذه الرواية واردة في مورد خاص ولا اطلاق لها فاطلاق الحكم مبني على الاحتياط .

١) قال المحقق في الشرايع « وأما الموات فهو الذي لاينتفع به لعطلته اما لانقطاع الماء عنــه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيجامه أو غير ذلك مــن موانع الانقطاع » .

٢) الأمر كما أفاده فان الموات على النوعين المذكورين .

---

١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم الحديث : ٢

٢) لاحظ ص : ١٢٢

(مسألة ٢) : يجوز لكل احد احياء الموات بالاصل والظاهر انه يملك به[١]

---

١) لجملة من الروايات منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله من أحيى ارضاً مواتاً فهو له (١ *) .

فان المستفاد من هذا الحديث واشباهه ان الموات من الأرض يملكه بالاحياء وبالفهم العرفي يفهم الاذن في الاحياء للمحيي فلامجال لان يقال كون الاحياء مملكاً اعم من كونه مأذوناً فيه مضافاً الى أن الجواز على القاعدة بعد عدم كون الارض مملوكة لاحد من آحاد الناس نعم مقتضى جملة من النصوص ان الموات ملك للامام منها ما رواه حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الانفال مالم يوجف عليه بخيل ولا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم اعطوا بأيديهم وكل أرض خربة وبطون الاودية فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله وهو للامام من بعده يضعه حيث يشاء (* ٢) .

فان مقتضى هذه النصوص ان الموات ملك للامام عليه السلام وان ارض الموات من الانفال وعليه لابد في جواز التصرف فيها من اذنه روحي فداه ولكن ينحل الاشكال بأن مادل من النصوص على ملكية الأرض بالاحياء يدل بالفهم العرفي على جواز التصرف .

ان قلت الاذن في التصرف صادر من الامام السابق والمالك الفعلي الامام الموجود عجل الله تعالى فرجه الشريف فكيف ينحل الاشكال؟ قلت الظاهر من قوله عليه السلام من احيى أرضاً فهي له بيان الحكم الشرعي والوظيفة المقررة لاالتصدي للاذن المالكي الشخصي كي يتوجه هذا الاشكال اضف الى ذلك انه لااشكال في

---

١) الوسائل الباب ١ من أبواب احياء الموات الحديث : ٦

٢) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث : ١

من دون فرق بين كون المحيي مسلما أو كافراً[١]

جواز التصرف في هذه الأراضي بلا توقف على الاذن وربما يقال بأن الاحياء سبب للتملك ولو مع فرض عدم جواز التصرف لكن يشكل الالتزام بالاطلاق .

اولا انه لايبعد أن يقال ان دليل كون الاحياء مملكاً منصرف عن صورة عدم الاذن في التصرف وثانياً انه يظهر من كلمات القوم في المقام ان اشتراطه بالاذن اجماعي قال في الجواهر « واما ان اذنه شرط في تملك المحيا فظاهر التذكرة الاجماع ، بل عن الخلاف دعواه صريحاً بل في جامع المقاصد لايجوز لأحد الاحياء من دون اذن الامام عليه السلام وانه اجماعي عندنا وفي التنقيح الاجماع على أنها تملك اذا كان الاحياء باذن الامام عليه السلام وفي المسالك أنه لاشبهة في اشتراط اذنه في احياء الموات فلا يملك بدونه اتفاقاً » (* ١) .

١) لاطلاق جملة من النصوص الدالة على أن الاحياء سبب للملك منها ما رواه محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال: ايماقوم احيوا شيئاًمن الارض او عمروها فهم احق بها (* ٢) .

فان مقتضى اطلاق هذه الرواية عدم الفرق بين كون المحي مسلماً أوغيرمسلم مضافاً الى مادل عليه بالخصوص لاحظ ما رواه ابن مسلم قال : سألته عن الشراء من ارض اليهود والنصارى قال ليس به بأس الى أن قال وايما قوم أحيوا شيئاً من الأرض او عملوه فهم احق بها وهي لهم (* ٣) .

وأما حديث أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال : وجدنا في كتاب علي عليه السلام ان الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين انا واهل بيتي الذين اورثنا الارض ونحن المتقون والارض كلها لنا فمن احيى أرضاً من

---

١) الجواهر ج ٣٨ ص : ١١

٢) الوسائل الباب ١ من احياء الموات الحديث : ٣

٣) الوسائل الباب ١ من احياء الموات الحديث : ١

. . . .

المسلمين فليعمرها فليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتى و له ما أكل منها الخ(*١) فالمستفاد منـه ان احياء المسلم يوجب التملك ولايستفاد منـه الاشتراط وبعبارة اخرى لامفهوم للرواية ولا تنافي بين المثبتين .

ويمكن أن يقال ان المستفاد مـن حديث أبي سيار مسمع بن عبدالملك في حديث قال قلت لابى عبدالله عليه السلام اني كنت وليت الغوص فاصبت اربعمأة الف درهم وقد جئت بخمسها ثمانين الف درهم وكرهت أن احبسها عنك وأعرض لها وهى حقك الذي جعل الله تعالى لك في اموالنا فقال : ومالنا من الارض واخرج الله منها الا الخمس يا أباسيار الارض كلها لنا فما اخرج الله منها مـن شيء فهو لنا قال قلت له : انا احمل اليك المال كله فقال لي ياأباسيار قد طيبناه لك وحللناك منه فضم اليك مالك وكل ماكان في أيدي شيعتنا من الارض فهم فيه محللون ومحلل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا فيجبيهم طسق ما كان في ايدي سواهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الارض مـن ايديهم ويخرجهم منهـا صغرة (*٢)، انه لايجوز التصرف في الارض المملوكة للامام عليه السلام الالشيعته ولكن الظاهر ان الامر ليس كذلك فان حديث ابن مسلم يدل بوضوح ان الكافر يملك الارض بالاحياء وايضاً يظهر هذا المعنى من حديث أبي بصير قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شراء الارضين من اهل الذمة فقال : لابأس بأن يشتريها منهم اذا عملوها واحيوها فهي لهم ، وقدكان رسول الله صلى الله عليه وآله حين ظهر على خيبر وفيها اليهود خارجهم على أن يترك الارض فـي أيديهم يعملونها ويعمرونها (* ٣) .

---

١) الوسائل الباب ٣ من نفس المصدر الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٤ من الانفال الحديث : ١٢

٣) نفس المصدر الحديث : ١

(مسألة ٣) : الموات بالعارض على اقسام: الاول ـ مالايكون له مالك وذلك كالاراضي الدارسة المتروكة والقرى اوالبلاد الخربة والقنوات الطامسة التي كانت للامم الماضية الذين لم يبق منهم احد بل ولااسم ولارسم او أنها تنسب الى طائفة لم يعرف عنهم سوى الاسم الثاني ـ ما يكون له مالك مجهول ولم يعرف شخصه الثالث ما يكون له مالك معلوم أما القسم الاول فحاله حال الموات بالاصل ولايجري عليه حكم مجهول المالك(١) واما القسم الثاني ففي جواز احيائه والقيام بعمارته وعدمه وجهان المشهور هو الاول(٢) ولكن

فيقع التعارض بين الطرفين ولا يبعد أن يقال ان الترجيح مع حديث أبي سيار لكونه مخالفاً مع العامة لكن الظاهر انه لايختص الحكم بالشيعة فان السيرة جارية على ترتيب الاثار الملكية على الاراضي التى بايدي غير الشيعة ولو مع العلم بكون السبب للملكية الاحياء .

١) اذ المفروض انه لامالك لها كي يجري عليها حكم مجهول المالك فيكون كبقية الاراضي الموات ويجري عليه حكمها كما في المتن .

٢) يظهر من الجواهر ادعاء الاجماع على كونها للامام ويمكن الاستدلال على كونها له عليه السلام بجملة من النصوص منها ما رواه حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام قال الانفال مالم يوجف عليه بخيل ولاركاب اوقوم صالحوا أو قوم اعطوا بأيديهم وكل ارض خربة وبطون الادية فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله وهو للامام من بعده يضعه حيث يشاء (* ١) .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سمعه يقول ان

---

١) الوسائل الباب ١ من أبواب الانفال الحديث ١

. . . .

الانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم أوقوم صولحوا واعطوا بأيديهم وما كان من ارض خربة اوبطون اودية فهذا كله من الفيىء والانفال لله وللرسول فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحب (*١) .

ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سمعته يقول : الفيىء والانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة الدماء وقوم صولحوا وأعطوا بايديهم وما كان من أرض خربة أوبطون أودية فهو كله من الفيىء فهذا لله ولرسوله فما كان لله فهو لرسوله يضعه حيث شاء وهو للامام بعد الرسول (* ٢) .

ومنها ما رواه احمد بن محمد عن بعض اصحابنا رفع الحديث الى أن قال: قال : وما كان من فتح لم يقاتل عليه ولم يوجف عليه بخيل ولاركاب الاان اصحابنا يأتونه فيعاملون عليه فكيف ما عاملهم عليه النصف او الثلث او الربع أو ما كان يسهم له خاصة وليس لاحد فيه شيء الا ما اعطاه هو منه وبطون الاودية ورؤوس الجبال والموات كلها هي له الخ (* ٣) .

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الانفال فقال : هي القرى التي قد خربت وانجلى اهلها فهي لله وللرسول وما كان للملوك فهو للامام وما كان من الارض بخربة لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب وكل ارض لارب لها والمعادن منها ومن مات وليس له مولى فماله من الانفال (* ٤) .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: الانفال هو النفل وفي سورة الانفال جدع الانف قال : وسألته عن الانفال فقال : كل أرض خربة او شيء كان يكون للملوك وبطون الاودية ورؤوس الجبال ومالم يوجف عليه بخيل ولا ركاب فكل ذلك للامام خالصاً (* ٥) .

---

١) نفس المصدر الحديث : ١٠

٢) نفس المصدر الحديث : ١٢

٣ و٤ و٥) نفس المصدر الحديث : ١٧ و٢٠ و٢٢

الاحوط فيه الفحص عن صاحبه وبعد اليأس عنه يعامل معه معاملة مجهول المالك فاما أن يشترى عينه من الحاكم الشرعي أووكيله المأذون ويصرف ثمنه على الفقراء واما أن يستأجره منه باجرة معينة أوبقدر ما هو اجرة مثله ويتصدق بها على الفقراء[1] هذا فيما اذا لم يعلم باعراض مالكه عنه واما اذا علم به جاز احياؤه وتملكه بلاحاجة الى الاذن أصلا[2] وأما القسم الثالث فان أعرض عنه صاحبه

فان مقتضى اطلاق هذه الروايات ان كل ارض خربة مملوك للامام عليه السلام

١) المعروف بينهم وجوب التصدق في مجهول المالك فما وجه الاشتراء من الحاكم وايضاً لاوجه للاجارة كما انه لاوجه للتقدير المذكور في العبارة وكيف كان يجري عليه حكم مجهول المالك من الفحص ثم التصدق أو وجوب الخمس على اختلاف المسلك والذي يختلج بالبال في هذه العجالة انه لاوجه للتوقف والاحتياط بل مقتضى القاعدة انه باق في ملك مالكه الا أن يقال: ان مقتضى عموم النصوص المشار اليها كونه للامام الا ما خرج بالدليل ان قلت : النسبة بين هذه النصوص ودليل حكم المجهول مالكه العموم من وجه فيقع التعارض بين الدليلين قلت :

اولا : ان النصوص المشار اليها حاكمة على دليل حكم مجهول المالك وتصرف في موضوعه وبعبارة واضحة : المستفاد من هذه النصوص ان الارض الخربة مملوكة للامام عليه السلام فلاموضوع لدليل حكم مجهول المالك وثانياً على فرض التنزل نقول : العموم في بعض هذه النصوص بالوضع لاحظ مارواه حفص والعموم الوضعي يقدم على العموم الاطلاقي .

٢) اذا قلنا بأن الإعراض يوجب الخروج عن الملك فالامر كما افاده اذ

جاز لكل احد احياؤه[1] وان لم يعرض عنه فان ابقاه مواتاً للانتفاع به على تلك الحال من حشيشه أوقصبه أوجعله مرعى لدوابه وانعامه أوانه كان عازماً على احيائه وانما اخرذلك لانتظار وقت صالح له أولعدم توفرالالات والاسباب المتوقف عليها الاحياء ونحو ذلك فلااشكال في عدم جواز احيائه لاحد والتصرف فيه بدون اذن مالكه وأما اذا علم ان ابقائه من جهة عدم الاعتناء به وانه غيرقاصدلاحيائه فالظاهر جوازاحيائه لغيره اذا كان سبب ملك المالك الاول الاحياء وليس له انتزاعه من يد المحيي[2] وان كان الاحوط انه لورجع اليه

بعد الخروج عن ملك المعرض يدخل في ملك الامام ويشملها اطلاق دليل مملكية الاحياء لكن الماتن لايرى الاعراض مخرجاً وعليه فلا ندري ما الوجه في التفصيل والله العالم .

١) أما على القول بكون الاعراض مخرجاً عن الملك فالامر ظاهر اذ على هذا التقدير يشمله دليل مملكية الاحياء وأما على فرض عدم الالتزام بكون الاعراض مخرجاً عن الملكية فلابد من اقامة دليل على جواز الاحياء وكونه مملكاً اذ دليل الاحياء لايشمل املاك الناس وبعبارة اخرى قوله عليه السلام : « من احيى ارضاً فهى له » لايقتضي تملك املاك الناس بالاحياء فلابد من التماس دليل آخر ولعله نتعرض لدليله في ذيل الكلام فانتظر .

٢) بلا كلام لان المفروض بقاء الارض في ملكه ولم يعرض عنها ويريد الانتفاع بها ان قلت مقتضى اطلاق دليل مملكية الاحياء صيرورة الارض مملوكة للمحيي وان كانت الارض مملوكة للغير لاحظ ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال

. . . .

قال رسول الله صلى الله عليه السلام من أحيى أرضاً مواتاً فهو له (١*) فان اطلاق الحديث يشمل المقام .

قلت لايبعد أن يقال ان المستفاد من الحديث بحسب الفهم العرفي ان الاحياء يوجب ملكية الأرض التي لاتكون مملوكة للغير هذا بحسب القاعدة الأولية لكن قد ورد في المقام نصوص لابد من ملاحظتها :

منها ما رواه سليمان خالد قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنها رهـا ويعمرها ويزرعها ماذا عليه ؟ قال : الصدقة قلت : فان كان يعرف صاحبها قال فليئود اليه حقه (* ٢) فان المستفاد من هذه الرواية ان الأرض تختص بمالكها ولا تصير مملوكة لمن احياها .

ومنها ما رواه معاوية بن وهب قـال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : ايما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرهافان عليه فيها الصدقة فان كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها واخرجها ثم جاء بعد يطلبها فـان الأرض لله ولمن عمرها (*٣) .

فان مقتضى هذه الرواية التفصيل بأن المالك الاول ان ترك الأرض واخرجها فان المحيىء لها أحـق وتكون مملوكة لمن أحياها وبقانون تقييد المطلق بالمقيد يقيد الحديث الاول بالحديث الثاني فتكون النتيجة التفصيل .

ويؤكد المدعى بل يدل عليه ما رواه عمر بن يزيد قال سمعت رجلا من أهل الجبل يسأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أخذ ارضاً مواتاً تركها اهلها فعمرهـا

---

١) الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث : ٦

٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب احياء الموات الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث : ١

المالك الاول ان يعطى حقه اليه ولا يتصرف فيه بدون اذنه [1] وأما اذا كان سبب ملكه غير الاحياء من الشراء أو الارث فالاحوط عدم جواز احيائه لغيره والتصرف فيه بدون اذنه ولو تصرف فيه بزرع اونحوه فعليه اجرته لمالكه على الاحوط [2].

(مسألة ٤) : كما يجوز احياء البلاد القديمة الخربة والقرى الدارسة التي باداهلها كذلك يجوز حيازة موادها وأجزائها الباقية من الاخشاب والاحجار والاجر وماشاكل ذلك ويملكها الحائز اذا اخذها بقصد التملك [3].

وكرى أنهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلا وشجراً قال : فقال أبو عبدالله عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام يقول من احيى أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقها يؤديه الى الامام في حال الهدنة فاذاظهر القائم فليوطن نفسه على أن توخذ منه (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية ما يستفاد من حديث ابن وهب .

١) لااشكال في حسن الاحتياط .

٢) مقتضى اطلاق حديثي ابن وهب وابن يزيد عدم الفرق بين كون سبب ملك الأول الاحياء وبين ما يكون سببه غير الاحياء من بقية الاسباب لكن على ما يظهر من الجواهر ادعي الاجماع على بقاء الملك اذا كان سبب ملك المالك الاول غير الاحياء والظاهر ان هذه الدعوى أوجبت الاحتياط المذكور في كلام الماتن ولا اشكال في حسن الاحتياط .

٣) بتقريب انه لولم يكن لهامالك تدخل في المباحات الاصلية فيجوز تملكها

---

١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الانفال الحديث : ١٣

(مسألة ٥): الاراضي الموقوفة التي طرء عليها الموتان والخراب على اقسام

١ ـ مالا يعلم كيفية وقفها اصلا وانها وقف خاص اوعام اوأنها وقف على الجهات اوعلى أقوام .

٢ ـ ما علم أنها وقف على اقوام ولم يبق منهم أثر اوعلى طائفة لم يعرف منهم سوى الاسم خاصة .

٣ ـ ما علم انها وقف على جهة من الجهات ولكن تلك الجهة غير معلومة انها مسجد اومدرسة اومشهد اومقبرة اوغير ذلك .

٤ ـ ما علم انها وقف على اشخاص ولكنهم غير معلومين باشخاصهم واعيانهم كما اذا علم ان مالكها وقفها على ذريته مع العلم بوجودهم فعلا .

٥ ـ ما علم انها وقف على جهـة معينة او اشخاص معلومين باعيانهم .

٦ ـ ما علم اجمالا بأن مالكها قد وقفها ولكن لا يدرى انه وقفها على مدرسته المعينة اوعلى ذريته المعلومين بأعيانهم ولم يكن طريق

ان قلت بعد فرض عدم المالك لها تدخل في مملوكات الامام عليه السلام فانه وارث من لاوارث له قلت لايبعد أن تكون السيرة جارية على تملك الامور المذكورة بلا نكير فتكون ممضاة عند الشارع هذا ما يخطر ببالي القاصر في هذه العجالة في شرح كلام الماتن والله الهادي الى سواء السبيل .

شرعي لاثبات وقفها على احد الامرين .

أما القسم الاول والثاني فالظاهر انه لااشكال في جواز احيائهما لكل احد ويملكهما المحيي فحالهما من هذه الناحية حال سائر الاراضي الموات[١] .

---

١) تارة نقول بأن الوقف مطلقاً لايرجع الى ملك الواقف او ورثته بتقريب ان الوقف قوامه بالتأبيد ولا يتصور فيه الانقطاع وبعبارة الاخرى لايمكن انتفاء الموقوف عليه بالكلية فاذا فرض انتفاء مرتبة تصل النوبة الى المرتبة الاخرى واخرى نقول بأنه يتصور فيه الانقطاع اما في الفرض الاول فلا مجال لما افيد في المتن من جواز التملك اذ على هذا الفرض العين الموقوفة باقية على وقفيتها ولها موقوف عليه ومع بقاء العين على الوقفية وفرض وجود الموقوف عليه لامجال لتملكها بل لابد من احراز الموقوف عليه بطريق شرعي كالقرعة مثلا وصرف الموقوفة في ذلك المصرف .

وقال السيد اليزدي قدس سره في ملحقات عروته في مسئلة ٢٩ من مسائل كتاب الوقف «اذا كان وقف لم يعلم مصرفه من جهة الجهل به او نسياناً من الاول أو في الاثناء لم يحكم ببطلانه بلا اشكال وحينئذ فبعد اليأس عن ظاهر الحال ان كان الترديد مع انحصار الاطراف يوزع عليهم او يقرع بينهم وان كان مع عدم الانحصار فان كان الترديد بين الجماعات الغير المحصورين كأن لم يعلم أنه وقف على الفقراء أو الفقهاء أو على أولاد زيد أو اولاد عمرو وهكذا، جرى عليه حكم المال المجهول مالكه من التصدق ونحوه ففي خبر علي بن راشد» الى آخر كلامه .

فالنتيجة : انه لامجال للتملك بالاحياء ونحوه واما خبر علي بن راشد قال : سألت أبا الحسن عليه السلام قلت : جعلت فداك اشتريت أرضاً الى جنب ضيعتي

وأما القسم الثالث فالمشهور جواز احيائه ولكنه لا يخلو من اشكال فالاحوط لمن يقوم باحيائه وعمارته بزرع أو نحوه ان يراجع الحاكم الشرعي أو وكيله ويدفع اجرة مثله اليه أو يصرفها في وجوه البر وله أن يشتريه منه أو يستأجره باجرة معينة [1] وكذلك الحال في القسم

بألفي درهم فلما وفرت المال خبرت ان الأرض وقف فقال: لايجوز شراء الوقوف ولا تدخل الغلة في ملكك ادفعها الى من اوقفت عليه قلت : لاأعرف لها رباً قال: تصدق بغلتها (* ١) فضعيف بكلا سنديه .

مضافاً الى عدم وضوح مضمونه لان الامام روحي فداه بمقتضى هذا الحديث امر بدفع الارض الى من اوقفت عليه وبعد أن قال الراوي لاأعرف لها رباً أمر عليه السلام بتصدق غلتها والحال ان الظاهر ان الارض الموقوفة لابد من اجارتها وصرف الاجرة في الموقوف عليه وأما غلة الارض فباي ميزان يتصدق بها وبعبارة اخرى تكون الغلة مملوكة لمن يزرعها والله العالم .

هذا على تقدير القول بعدم الانقطاع وأما لو قلنا بامكان الانقطاع فان قلنا برجوع الوقف الى الواقف ان كان والى وارثه ان لم يكن فعلى تقدير وجوده او وارثه لابد من دفعها اليه فلا تصل النوبة الى التملك نعم على هذا التقدير لو فرض عدم الواقف وعدم وارث له تدخل الارض في الاموال المملوكة للامام فيجوز تملكها بالاحياء .

فتحصل مما تقدم انه لاتصل النوبة الى الأحياء لا في القسم الاول ولا في القسم الثاني الا على القول برجوع الوقف الى ملك الواقف أو وارثه في صورة انتفاء الموقوف عليه وانتقاله الى الامام في فرض عدم الواقف ووارثه .

١) الذي يختلج بالبال ان الوظيفة في مثله القرعة وتشخيص الموقوف عليه

(* ١) الوسائل الباب ٦ من احكام الوقوف الحديث : ١

الرابع[١] وأما القسم الخامس فيجب على من احياه وعمره أجرة مثله ويصرفها في الجهة المعينة اذا كان الوقف عليها ويدفعها الى الموقوف عليهم المعينين اذا كان الوقف عليهم ويجب أن يكون التصرف باجازة المتولي او الموقوف عليهم[٢] .

وأما السادس فيجب على من يقوم بعمارته واحيائه اجرة مثله وصرفها في الجهة المعينة باجازة من الذرية كما انه يجب عليه أن يستاذن منهم ومن المتولي لتلك الجهة ان كان والا فمن الحاكم الشرعي أو وكيله[٣] .

وببالي ان سيدنا الاستاد أجاب في جواب استفتاء كان نظير المقام بلزوم القرعة وعلى كل حال الظاهر ان المقام مقام القرعة ولا وجه للتملك بالاحياء مع حرمة التصرف في الوقف وعدم شمول دليل الاحياء الارض المملوكة كما انه لاارى وجهاً لما افيد في المتن من الوجوه المذكورة .

١) والذي يختلج بالبال أن يقال : ان مقتضى القاعدة في هذه الصورة أن يؤجر الوقف باذن الحاكم وتدفع الاجرة صدقة عن الموقوف عليه بناءاً على أن مجهول المالك مصرفه التصدق عن المالك ولا ارى وجهاً للاشتراء ولا الصرف في وجوه البر .

٢) الظاهر ان حكم هذا القسم ظاهر فانه يجوز التصرف فيها باذن المتولي أو الموقوف عليهم اذ المفروض انها وقف عليهم فامرها راجع اليهم .

٣) الظاهر ان الوظيفة فيه التوسل بالقرعة وتشخيص الموقوف عليه وبعد تشخيصه واحرازه يعمل على طبق الوظيفة من المراجعة الى المتولي ان كان او

(مسألة ٦) : من احيى ارضاً مواتاً تبعها حريمها بعد الاحياء وحريم كل شيىء مقدار ما يتوقف عليه الانتفاع به ولايجوز لاحد ان يحيى هذا المقدار بدون رضا صاحبه[١] فحريم الدار عبارة عن مسلك

الموقوف عليه ان كان قابلا للرجوع اليه او الى الحاكم اووكيله والله العالم وعليه التوكل والتكلان .

١) بلا خلاف اجده ـ كما في الجواهر ـ مضافاً الى أنه لو لم يعتبر الحريم لايترتب على الملك الفائدة المترقبة ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه محمد بن عبدالله قال سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا او اقل أو اكثر يأتيه الرجل فيقول : أعطني من مراعى ضيعتك واعطيك كذا وكذا درهماً فقال: اذا كانت الضيعة له فلا بأس(*١).

فان هذه الرواية ان كانت دالة على جواز بيع مراعى الضيعة فدلالتها على المدعي واضحة اذ عليه تكون دليلا على كون المرعى مملوكاً لمالك الضيعة وان لم تكن دالة على الملكية فلا اشكال في دلالتها على اولوية صاحب الضيعة بالمراعى وانه لايجوز مزاحمته فيها .

ويدل على الملكية بوضوح ما رواه ادريس بن زيد عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته وقلت : جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولنا حدود ولنا الدواب وفيها مراعى وللرجل منا غنم وابل ويحتاج الى تلك المراعى لابله وغنمه أيحل له أن يحمي المراعى لحاجته اليها، فقال: اذا كانت الارض أرضه فله أن يحمى ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه قال : وقلت له : الرجل يبيع المراعى فقال اذا كانت الارض أرضه فلا بأس (* ٢) .

---

١) الوسائل الباب ٩ من أبواب احياء الموات الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث : ١

الدخول اليها والخروج منها في الجهة التي يفتح اليهـا باب الدار ومطرح ترابها ورمادها ومصب مائها وثلوجها وماشا كل ذلك[١] وحريم حائط البستان ونحوه مقدار مطرح ترابه والالات والطين والجص اذا احتاج الى الترميم والبناء[٢] وحريم النهر مقدار مطرح ترابه وطينه اذا احتاج الى الاصلاح والتنقية والمجاز على حافتيه للمواظبة عليه[٣]

بل لا يبعد أن يقال ان دليل تحقق الملكية بالاحياء يقتضي ملكية المرعى باحياء الأرض بتقريب ان احياء كل شيء بحسبه فان المرعى يحيى بايجاد الضيعة فلاحظ.

١) قال في الجواهر : « وحريم الحائط في المباح مقدار مطرح ترابه وآلاته بلاخلاف اجده فيه بل في التذكرة عندنا مشعراً بدعوى الاجماع عليه نظراً الى امساس الحاجة اليه لو استهدم » انتهى (* ١) .

وحيث ان حكم الامثال واحد يمكن أن يقال: ان الحكم في المقام اجماعي ايضاً لوحدة الملاك وهو امساس الحاجة الى الحريم وعدم نص خاص في الحائط ويمكن أن يستدل على المدعى بأن دليل الأحياء بنفسه يقتضي ذلك اذ لـو فرض الاحتياج فلازم كون الأحياء مملكا في المباح جعل الحريم للمحيى فالحريم اما ملك للمحيى واما يكون للمحيى الاولوية بالنسبة اليه .

٢) الكلام فيه هو الكلام وتقدم ما عن الجواهر .

٣) الكلام فيه هو الكلام قال في الجواهر « وحريم الشرب بكسر اوله الذي هو هنا النهر والقناة ونحوهما بمقدار مطرح ترابه والمجاز على حافتيه للانتفاع به ولاصلاحه على قدر ما يحتاج اليه عادة بلا خلاف أجده فيه ويؤمي اليه مضافاً الى أنه المحتاج اليه في تنقيته لاجراء مائه مرفوع ابراهيم بن هاشم رفعه قال حريم

---

١) الجواهر ج ٣٨ ص : ٤٦

وحريم البئر موضع وقوف النازح اذا كان الاستقاء منها باليد وموضع تردد البهيمة والدولاب والموضع الذي يجتمع فيه الماء للزرع أو نحوه ومصبه ومطرح ما يخرج منها من الطين عند الحاجة ونحو ذلك[1] وحريم العين ما تحتاج اليه في الانتفاع منها على نحو ما مر في غيرها[2] وحريم القرية ماتحتاج اليه في حفظ مصالحها ومصالح اهلها من مجمع ترابها وكناستها ومطرح سمادها ورمادها ومجمع اهاليها لمصالحهم ومسيل مائها والطرق المسلوكة منها واليها ومدفن موتاهم ومرعى ماشيتهم ومحتطبهم وماشاكل ذلك كل ذلك بمقدار حاجة القرية بحيث لو زاحمهم مزاحم لوقعوا في ضيق وحرج وهي تختلف باختلاف سعة

النهر حافتاه ومايليها (* ١) .

١) قال الشهيد الثاني قدس سره في المسالك ـ على مانقل عنه ـ : « وبسبب اختلاف الروايات وعدم صحتها جعل بعضهم حريم البئر ما يحتاج اليه في السقي منها وموضع وقوف النازح والدولاب وتردد البهائم ومصب الماء والموضع الذي تجتمع فيه سقي الماشية والزرع من حوض وغيره والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة » انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع مقامه .

وملخص الكلام انه بعد ما علم من الشارع المقدس اعتبار الحريم نلتزم به في كل مورد بحسبه بل تقدم ان نفس دليل ملكية الاحياء تقتضي اعتبار الحريم فلاحظ .

٢) الكلام في المقام هو الكلام والميزان هو المتعارف وما يحتاج اليه

---

١) الوسائل الباب ١١ من أبواب احياء الموات الحديث : ٤

القرى وضيقها وكثرة اهليها وقلتهم وكثرة مواشيها ودوابها وقلتها وهكذا وليس لذلك ضابط غير ذلك وليس لاحد أن يزاحم اهاليها في هذه المواضع[١] وحريم المزرعة ما يتوقف عليه الانتفاع منها ويكون من مرافقها كمسالك الدخول اليها والخروج منهـا ومحل بيادرها وحظائرها ومجتمع سمادها ونحو ذلك[٢].

(مسألة ٧) : الاراضي المنسوبة الى طوائف العرب والعجـم وغيرهم لمجاورتها لبيوتهم ومساكنهم من دون تملكهم لها بالاحياء باقية على اباحتها الاصليه[٣] فلايجوز لهم منع غيرهم من الانتفاع بها ولايجوز لهم أخذ الاجرة ممن ينتفع بها[٤] واذا قسموها فيما بينهم لرفـع التشاجر والنزاع لا تكون القسمة صحيحة فيجوز لكل مـن المتقاسمين التصرف فيما يختص بالاخر بحسب القسمة[٥] نعم اذا كانوا يحتاجون اليها لرعي الحيوان اونحو ذلك كانت من حريـم

فلاحظ.

١) بعين التقريب المتقدم فان حكم الأمثال واحد.

٢) فان الحريم يعتبر بمقدار الحاجة وهذا يختلف بحسب اختلاف الموارد.

٣) اذ فرض عدم تحقق سبب الملكية فهى باقية على اباحتها الأصلية.

٤) لعدم اختصاصها بهم بل الكل فيها سواء فلامجال للمنع كما لامجال لأخذ الاجرة.

٥) اذ لامعنى لقسمة المباحات.

املاكهم ولايجوز لغيرهم مزاحمتهم وتعطيل حوائجهم[1].

(مسألة ٨) : للبئر حريم آخر وهو أن يكون الفصل بين بئر وبئر اخرى بمقدار لايكون في احداث البئر الثانية ضرر على الاولى من جذب مائها تماماً او بعضاً اومنع جريانه من عروقها وهذا هو الضابط الكلي في جميع اقسامها[2]

---

١) اذ لايجوز التصرف في الحريم كما مر .

٢) يمكن الاستدلال على المدعى بأن الأضرار على الغير حرام فكل مايكون مصداقاً للأضرار يكون حراماً فالضابط تحقق عنوان الأضرار ويدل على المدعى مكاتبة محمد بن الحسين قال :كتبت الى أبـي محمد عليه السلام : رجل كانت له رحى على نهر قرية والقرية لرجل فاراد صاحب القرية أن يسوق الى قريته الماء في غير هذا النهر ويعطل هذه الرحى أله ذلك أم لا ؟ فوقع عليه السلام يتقى الله ويعمل في ذلك بالمعروف ولا يضر أخاه المؤمن (* ١) .

وقد وردت نصوص في بيان حدحريم البئرمنها ما رواه حماد بن عثمان قال سمعت أبا عبدالله عليه‌السلام يقول : حريم البئر العارية اربعين ذراعاً حولها (*٢) ومنها ما رواه عقبة بن خالد عن أبى عبدالله عليه السلام قال : يكون بين البئرين اذاكانت أرضاً صلبة خمس مأة ذراع وان كانت أرضاً رخوة فألف ذراع (*٣) .

ومنها ما رواه محمد بن علي بن الحسين قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله ان البئر حريمها اربعون ذراعاً لايحفر الى جانبها بئر اخرى لعطن اوغنم(*٤)

---

١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب احياء الموات الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب احياء الموات الحديث : ١

٣) نفس المصدر الحديث : ٣

٤) نفس المصدر الحديث : ٧

(مسألة ٩) : للعين والقناة ايضاً حريم آخر وهو أن يكون الفصل بين عين وعين اخرى وقناة وقناة ثانيــة في الارض الصلبة خمسمأة ذراع وفي الارض الرخوة ألف ذراع ولكن الظاهر ان هذا التحديد غالبي حيث ان الغالب يندفع الضرر بهذا المقدار مـن البعد وليس تعبدياً وعليه فلو فرض ان العين الثانية تضر بالاولى وينقص ماؤهـا مع هذا البعد فالظاهر عدم جواز احداثها ولابد من زيادة البعد بمـا يندفع به الضرر أو يرضى به مالك الاولى كما انه لو فرض عدم لزوم الضرر عليها في احداث قناة اخرى في اقل من هـذا البعد فالظاهر جوازه بلاحاجة الى الاذن من صاحب القناة الاولى[1] ولافرق في ذلك

وهذه النصوص كلها ضعيفة سنداً ومنها غيرها المذكور في الباب ١١ من أبواب احياء الموات من الوسائل .

١) قد وردت في بيان حد حريم العين عدة روايات منها مـا رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن أربعون ذراعاً وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً وما بين العين الى العين يعني القناة خمسمائة ذراع والطريق يتشاح عليه اهله فحده سبع اذرع (* ١) وهذه الرواية ضعيفة .

ومنهـا مرسل محمد بن حفص عن رجل عـن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عـن قوم كانت لهم عيون في ارض قريبة بعضها مـن بعض فاراد رجل ان يجعل عينه اسفل من موضعها الذي كانت عليه وبعض العيون اذا فعل بها ذلك اضر بالبقية من العيون وبعضها لا يضر من شدة الأرض قال: فقال: ما كان في مكان شديد

---

١) نفس المصدر الحديث : ٥

بين احداث قناة في الموات وبيـن احداثها في ملكه فكما يعتبر في الاول أن لا يكون مضرا با لاولى فكذلك في الثاني كما ان الامر كذلك في الابار والانهار التي تكون مجاري للماء فيجوز احداث بئر يجرى فيها الماء من منبعها قرب بئر اخرى كذلك وكذلك احداث نهر قرب آخر وليس لمالك الاول منعه الا اذا استلزم ضرراً فعندئذ يجوز منعه(١)

فلا يضر وما كان في أرض رخوة بطحاء فانـه يضر ، وان عرض رجل على جاره ان يضع عينه كما وضعها وهو على مقدار واحد قال : ان تراضيا فـلا يضر وقال يكون بين العينين ألف ذراع (* ١) وهذه الرواية ضعيفة أيضاً .

ومنها مكاتبة محمدبن الحسن (الحسين) قال كتبت الى أبي محمد عليه السلام رجل كانت له قناة في قرية فاراد رجل أن يحفر قناة اخرى الى قرية له كم يكون بينهما في البعد حتى لاتضر احداهما بالاخرى في الأرض اذا كانت صلبة أو رخوة فوقع عليه السلام : على حسب أن لاتضر احداهما بالاخرى ان شاء الله (* ٢) .

وهذه الرواية كما ترى جعلت ميزان الجواز عدم الأضرار فالضابط كما في المتن في الحرمة والجواز تحقق الأضرار وعدمه ففي صورة تحقق الأضرار يحرم والايجوز.

١) اذ الميزان في الحرمة وعدمها تحقق الأضرار وعدمه فلا فرق بين احداث القناة في الموات وبين احداثها في الملك الشخصي فانه على تقدير الاضرار حرام كما ان الامر كذلك في الابار والانهار كما في المتن فان حكم الامثال واحد فـان المستفاد من حديث محمدبن الحسين (الحسن) (* ٣) ان الميزان الكلي انه على

---

١) الوسائل الباب ١٣ من احياء الموات الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ١٤ من احياء الموات الحديث : ١

٣) مرآنفا

(مسألة ١٠) : يجوز احياء الموات التي في اطراف القنوات والابار في غير المقدار الذي يتوقف عليه الانتفاع منهـا فان اعتبار البعد المذكور في القنوات والابارانما هو بالاضافة الى احداث قناة اوبئراخرى[١] .

(مسألة ١١) : اذا لم تكن الموات من حريـم العامر ومرافقه على النحو المتقدم جاز احياؤها لكل احد وان كانت بقرب العامر ولاتختص بمن يملك العامر ولااولوية له[٢] .

(مسألة ١٢) : الظاهران الحريم مطلقاً ليس ملكاً لمالك ماله الحريم سواء كان حريم قناة اوحريم بئراوحريم قرية اوحريم داراو نهراو غير ذلك[٣] وانمـا لايجوز لغيره مزاحمته فيه باعتبار انه مـن

تقدير الاضرار لايجوز ويجـوز منعه كما انه مـع عدم الاضرار يجوز ولا يجوز منعه .

١) لوجود المقتضي وعدم المانـع وبعبارة اخرى يجوز احياء الموات على الاطلاق ولا يقيد بقيد الا مع عروض عنوان ثانوي .

٢) لعدم ترجيح احد على الاخر بل يجوز الاحياء لكل احد بمقتضى اطلاق الدليل ولا دليل على الاختصاص بما لك العامر .

٣) بتقريب انه لادليل على ملكيته فان المملك الاحياء والمفروض انه لـم يتعلق بالحريم فالحريم لايكون مملوكاً للمحيي ويمكن أن يقال ان احياء كل شيء بحسبه مثلا هل يمكن أن يقـال ان صحن الدار ليس مملوكاً للمحيي بتقريب ان الاحياء لم يتعلق به فلا يبعد أن يقال : ان الحريم متعلق للأحياء والحق ان المرجع العرف فان صدق عرفاً انه احياه يكون ملكاً والا فلا .

متعلقات حقه[1] .

(مسألة ١٣) : لاحريم للاملاك المتجاورة مثلا لوبنى المالكان المتجاوران حائطاً في البين لم يكن له حريم من الجانبين وكذا لوبنى احدهما في نهاية ملكه حائطاً اوغيره لم يكن له حريم في ملك الاخر[2] .

(مسألة ١٤) : يجوز لكل مالك أن يتصرف في ملكه بما شاء مالم يستلزم ضرراً على جاره والافالظاهر عدم جوازه كما اذا تصرف في ملكه على نحو يوجب خللا في حيطان دارجاره اوحبس ماء في ملكه بحيث تسري الرطوبة الى بناء جاره اواحدث بالوعة أو كنيفاً بقرب بئر الجارفأوجب فسادمائها اوحفربئراً بقرب بئرجاره فاوجب نقصان مائها والظاهر عدم الفرق بين أن يكون النقص مستنداً الى

ولووصلت النوبة الى الشك يكون مقتضى الاصل عدم تحقق الملكية وحديث ادريس بن زيد عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته وقلت : جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولنا حدود ولنا الدواب وفيها مراعى وللرجل منا غنم وابل ويحتاج الى تلك المراعي لأبله وغنمه ، أيحل له أن يحمى المراعى لحاجته اليها فقال اذا كانت الأرض ارضه فله أن يحمي ويصير ذلك الى مايحتاج اليه قال : وقلت له : الرجل يبيع المراعى ، فقال : اذا كانت الأرض ارضه فلا بأس (* ١) ، دال على ملكية الحريم لكن السند مخدوش .

١) كما مر تقريب عدم الجواز .

٢) كما هو ظاهر فان الحريم يتصور في المباحات وأماأملاك الناس فلاتصير

---

١) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع الحديث : ١

جذب البئر الثانية لماء الاولى وان يكون مستنداً الى كون الثانية اعمق من الاول[1] نعم لامانع من تعلية البناء وان كانت مانعة عن الاستفادة من الشمس اوالهواء[2] .

(مسألة ١٥) : اذا لزم مـن تصرفه في ملكه ضرر معتدبه على جاره ولم يكن مثل هذا الضرر أمراً متعارفاً فيما بين الجيران لم يجز له التصرف فيه[3] ولو تصرف وجب عليه رفعه هذا اذا لم يكن في ترك

حريماً لمالك آخرين وان شئت قلـت : الدليل الدال على اعتبار الحريم يختص بالمملوك الحادث في المباح وفي غيره لادليل فلامجال لاعتبار الحريم في غيره.

١) قد مر ان المستفاد من النص عـدم جواز الأضرار ولا يعارضه دليل ، اذ قاعدة تسلط الناس على أموالهم (*١) مع ضعف مدركها لايقتضي جواز الاضرار بالغير وبعبارة اخرى ليس لاحد ان يتصرف في ماله بحيث يضر بغيره وأما حديث لاضرر فعلى تقدير جريانه والالتزام بكون مفاده النفي لاالنهي لايشمل موردالاضرار بالغير فالحق ما أفاده في المتن من عدم الجواز في صورة الاضرار.

٢) يمكن أن يكون الوجـه فيه ان تعلية البناء المانـع ليس مصداقاً للاضرار بل ايجاد مانـع عن الانتفاع وهذا لادليل على حرمته ويمكن أن يكون الوجه في الجواز التعارف الخارجي وجريان السيرة عليه التى تدل على جوازه شرعاً .

ولا يبعـد تحقق السيرة ، وأما الوجه الاول فيرد فيه انه لااشكال في صـدق الاضرار وهذاالعرف والعقلاء ببابك فهل يكون قطع جريان الماء او تقليله ضرراً ولايكون قطع جريان الهواء والاستفادة عن الشمس ضرراً ؟ فتأمل .

٣) اذ قلنا ان المستفاد من الدليل عدم جواز الاضرار بالغير سيما الجار الذي

---

١) بحار الانوار ج ٢ ص ٢٧٢

التصرف ضرر على المالك[١] وأما اذا كان في تركه ضرر عليه ففي جواز تصرفه عندئذ وعدمه وجهـان والاحتياط فى تـرك التصرف لايترك[٢] كما ان الاحوط ان لم يكن اقوى ضمانه للضرر الوارد على جاره اذا كان مستنداً اليه عرفاً مثلا لوحفر بالوعة في داره تضرببئر جاره وجب عليه طمها الااذا كان فية ضرر على المالك وعندئـذ ففى وجوب طمها وعدمه اشكال والاحتياط لايترك[٣] نعم الظاهرعدم

يتأكد الحكم بالنسبة اليه بمقتضى النصوص التى سيمرعليك بعضها انشاء اللههذا فيما لايكون متعارفاً وأما مـع التعارف الخارجي وجريان السيرة عليه فيمكـن الالتزام بالجواز من باب كونه مأذوناً فيه مـن قبل الشارع بمقتضى السيرة وعدم الاستنكار .

١) كما هو ظاهر فانه لايجوز بقاءاًكما لم يكن جايزاً حدوثاً .

٢) ربما يقال بأنحديث لاضرر يقتضي الجواز فانمقتضاه عدمحرمةالاضرار في صورة تضرر المكلف بالترك .

وفيه ان الاستدلال بالقاعدة يتوقف على تمامية القاعدة للاستدلال وأما على تقدير عدم تماميتهاكما هـوكذلك على مسلك شيخ الشريعة قدس سره فـلا مجال للاستدلال هذا اولا وثانياً ان احد الضررين يعارض بالاخر ولا ترجيح .

وربما يقال ان دليل حرمة الاضرارمنصرف عنالصورة المفروضة فلايحرم . وفيه انه لاوجه للانصراف فالحق حرمة الاضرار حتى في هذه الصورة .

٣) فان اتلاف مال الغير يوجب الضمان والعجب ان الماتن جمع بين قوله « والاحتياط لايترك فـي ترك التصرف » وبين قوله « ان لم يكن اقوى » في المقام اذ لو كان الفعل جايزاً لايكون موجباً للضمان وبعبارة اخرى اذاكان التصرف عن

جريان هذا الحكم لو كان حفر البئر متأخراً عن حفر البالوعة[١] .

(مسألة ١٦) : من سبق من المؤمنين الى ارض ذات اشجار وقابلة للانتفاع بها ملكها[٢] ولا يتحقق السبق اليها الا بالاستيلاء عليها وصيرورتها تحت سلطانه وخروجها من امكان استيلاء غيره عليها[٣].

(مسألة ١٧) : قد حث في الروايات الكثيرة على رعاية الجار وحسن المعاشرة مع الجيران وكف الاذى عنهم وحرمة ايذائهم[٤]

حق فلا وجه للضمان وان لم يكن جايزاً فاللازم هو الضمان فلا معنى للجمع بين الاحتياط والترديد وبين الجزم فلاحظ .

١) بتقريب انه لايصدق الضرر بل عدم النفع والميزان الكلي صدق الاضرار عرفاً وبعبارة اخرى اذا كان حفر البئر متأخراً عن احداث البالوعة يصدق ان فلاناً احدث بئراً في موضع لاينفعه ولا يصدق ان بكراً يضربه وهذا العرف ببابك ولتوضيح المدعى نقول لو كان احداث البئر الاول مؤثراً في قلة ماء البئر الثاني هل يمكن أن يقال بأن مالك البئر الاول مضار باحداثه البئر الاول وهل يجب عليه طم بئره ؟ كلا .

٢) فانه لااشكال عندهم في ثبوت حق السبق للسابق في الانتفاء عن المباحات الاصلية ولا اشكال في ثبوت هذا الحق بالسيرة القطعية .

٣) فانه امر عرفي كبقية الامور العرفية والظاهر ان ما افاده في المتن تام .

٤) من الروايات ما رواه حمزة قال سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول المؤمن من آمن جاره بوائقه قلت ما بوائقه قال : ظلمه وغشمه (* ١) .

---

١) الوسائل الباب ٨٦ من ابواب احكام العشرة الحديث ٤

وقد ورد في بعض الروايات ان الجار كالنفس وان حرمته كحرمة امه[1]
وفي بعضها الاخر ان حسن الجوار يزيد في الرزق ويعمر الديار ويزيد في

ومنها مارواه الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عن علي عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله في حديث المناهي قال : من آذى جاره حرم الله عليه ريح الجنة ومأواه جهنم وبئس المصير ومن ضيع حق جاره فليس منا ومازال جبرئيل يوصيني بالجار حتى ظننت انه سيورثه (* ١) .

ومنها ما رواه عمرو بن عكرمة عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله اتاه رجل من الانصار فقال : اني اشتريت داراً من بني فلان وان اقرب جيراني مني جواراً من لاارجو خيره ولاآمن شره قال فامر رسول الله صلى الله عليه وآله علياً وسلمان واباذر ونسيت آخر وأظنه المقداد أن ينادوا في المسجد باعلى اصواتهم بأنه لاايمان لمن لايأمن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثاً(*٢) وغيرها المذكور في الباب ٨٦ و ٨٧ من أبواب العشرة والباب ١٢ من ابواب احياء الموات من الوسائل .

١) لاحظ ما رواه طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عن ابيه عليهما السلام قال : قال قرأت في كتاب علي عليه السلام ان رسول الله كتب بين المهاجرين والانصار ومن لحق بهم من اهل يثرب ان الجار كالنفس غير مضار ولا اثم وحرمة الجار على الجار كحرمة امه (* ٣) .

وما رواه طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان الجار كالنفس غير مضار ولا اثم (*٤) .

---

١) الوسائل الباب ٨٦ من أبواب احكام العشرة الحديث : ٥
٢) نفس المصدر الحديث : ١
٣) نفس المصدر الحديث : ٢
٤) الوسائل الباب ١٢ من أبواب احياء الموات الحديث : ٢

الاعمار [١] وفى الثالث من كف أذاه عـن جاره اقاله الله عثرته يوم القيمه[٢] وفى الرابع ليس منامن لم يحسن مجاورة من جاوره وغيره مما قداكد فى الوصية بالجار وتشديد الامر فيه[٣] .

(مسألة ١٨) : يستحب للجار الاذن فى وضع خشب جاره على حائطه مع الحاجة[٤]

---

١) لاحظ مارواه معاوية بن عمارعن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله حسن الجوار يعمر الديار وينسى في الاعمار (* ١) .

وما رواه ابراهيم بن أبي رجاء عن أبيعبدالله عليه السلام قال حسن الجوار يزيد في الرزق (* ٢) .

وما رواه أبو مسعود قال: قال لي أبو عبدالله عليه السلام حسن الجوار زيادة في الاعمار وعمارة الديار (* ٣) .

٢) لاحظ ما رواه أبو بصير قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : من كف أذاه عن جاره اقاله الله عثرته يوم القيمة (* ٤) .

٣) لاحظ ما رواه أبو الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال والبيت غاص باهله : اعلموا أنهليس منا ومن لميحسن مجاورة من جاوره (*٥)

٤) قد نقل في المقام حديثان احدهما : عن النبي صلى الله عليه وآله : « لا يمنعن احدكم جارهأن يغرز خشبه فيحائطه » (*٦) ثانيهما: «انالجار يضع جذوعه

---

١) الوسائل الباب ٨٧ من ابواب احكام العشرة الحديث : ١

٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و٣

٤) الوسائل الباب ٨٦ من ابواب احكام العشرة الحديث : ٧

٥) الوسائل الباب ٨٧ من نفس المصدر الحديث : ٥

٦) نقل الحديث عن البحار ج ٣ ص ١٦٤ كتاب المظالم والغصب وروى عن مسلم ج ٥ ص ٥٧

ولواذن جاز له الرجوع قبل البناء عليه[١] وكذابعد البناء اذا لم يضر الرفع[٢] والافالظاهر عدم جوازه[٣] .

(مسألة ١٩) : لوتداعيا جداراً لايد لاحدهما عليه فهو للحالف مع نكول الاخر[٤]

في حائط جاره شاء أم أبـى » (* ١) والحديثان لااعتبار بهما سنداً والاستحباب المذكور في المتن على طبق القاعدة .

١) كما هو ظاهر لعدم ما يقتضي الزامه بعدم الرجوع .

٢) لكون كل احد مسلطاً على مـال نفسه ولا يجوز لاحد أن يتصرف في مال غيره بلا اذنه .

٣) بتقريب ان الاذن في ذلك يقتضي الدوام وبلزوم الضرر ويرد على الاول ان الاذن المقتضي للدوام لايستلزم عدم الرجوع فان الاعارة تقتضي الدوام ومع ذلك يجوز الرجوع للمعير وعلى الثاني بأن منع المالك عن طلب النزع عن ملكه ضرر عليه مضافاً الى أنه لايبعد انصراف القاعدة عن صورة الاضرار بالغير ويضاف الى ما ذكر انه يتوقف الاستدلال على القول المشهور وأما على مسلك شيخ الشريعة قدس سره القائل بكون مفاد القاعدة النهي فلا يتم الاستدلال .

ان قلت : اذا اذن في الدفن لايجوز له الرجوع ففى المقام أيضاً لايجوز له قلت ان قلنا بحرمة النبش في الصورة المفروضة فالقياس مع الفارق وان لم نقل بالحرمة فالحكم في المقيس عليه مشكل فكيف بالمقيس .

٤) بتقريب : انه لايكون خارجاً عنهما فاذاحلف احدهما ونكل الاخر يحكم بعدم الملكية للناكل فيكون للحالف وبعبارة اخرى مقتضى القاعدة كونه مشتركاً

---

١) نقل ان الخرائطى رواه عن مكارم الاخلاق من حديث ابى هريرة

ولو حلفا أو نكلا فهو لهما[١] ولو اتصل ببناء احدهما دون الاخر أو كان له عليه طرح فهو له مع اليمين[٢] .

(مسألة ٢٠) : اذا اختلف مالك العلو ومالك السفل كان القول قول مالك السفل في جـدران البيت وقول مالك العلو في السقـف وجدران الغرفة والدرجة وأما المخزن تحت الدرجة فلا يبعد كونه لمالك السفل وطريق العلو في الصحن بينهما والباقي للاسفل[٣] .

بينهما لكن حيث ان كل واحد منهما مدعياً لتمامه والاخر يكون منكراً لاشتراكه ولا بينة تصل النوبة الى الحلف فلو حلف احدهما ونكل الاخر يحكم بعدم كون الناكل شريكاً فيكون للحالف .

١) كما هو ظاهر اذ الامر كما قلنا دائر بينهما وبعد عدم تأثير الحلف للتعارض يكون لهما .

٢) اذ مقتضى الظاهر كونه لذي اليد فالبينة على المدعي ومع عدمها تصل النوبة الى يمين المنكر ويمكن الاستدلال على المدعى بحديث منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن خص بين دارين فزعم ان علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قبله وجه القماط (* ١) .

وحديث جابر عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام أنه قضى في رجلين اختصما اليه في خص فقال : ان الخص للذي اليه القماط (* ٢) .

٣) الميزان في التقديم صدق اليد وان جدران البيت تحت يد مالك السفل فالقول قوله بالنسبة اليه وأما السقف وجدران الغرفة والدرجه تحت يد مالك العلو فالقول قوله وقس على ما ذكر الباقي من المذكورات والظاهر ان المناط الصدق

---

١ و٢) الوسائل الباب ١٤ من احكام الصلح الحديث : ١ و٢

(مسألة ٢١) : يجوز للجار عطف اغصان شجرجاره عن ملكه اذا تدلت عليه[١] فان تعذر عطفها قطعها باذن مالكها[٢] فان امتنع اجبره الحاكم الشرعي[٣] وراكب الدابة اولى بها من قابض لجامها[٤] ومالك الاسفل أولى بالغرفة المفتوح بابها الى الجار من الجار مع التنازع واليمين وعدم البينة[٥] .

(مسألة ٢٢): يعتبر في تملك الموات أن لا تكون مسبوقة بالتحجير من غيره ولو احياها بدون اذن المحجر لم يملكها[٦] ويتحقق التحجير

العرفى .

١) لأن المالك مسلط على مملوكه فله اخراج ملك الغير عن ملكه .

٢) بلا اشكال اذ مع الاذن من المالك يجوز التصرف .

٣) لان الحاكم ولي الممتنع .

٤) بتقريب ان الدابة في تصرف الراكب وتحت سلطته فالقول قوله .

٥) كما هو ظاهر فان الغرفة في يد مالك الاسفل فالقول قوله مع يمينه كما هو المقرر .

٦) قال في الجواهر : « الشرط الخامس ان لا يسبق اليه سابق بالتحجير فان التحجير عندنا كما في التذكرة يفيد اولوية واختصاصاً لا ملكاً للرقبة التي لا تملك الا بالاحياء الذي هو غير التحجير وان ملك به التصرف في المحجر ومنع الغير حتى لو تهجم عليه من يروم الاحياء كان له منعه ودفعه عن ذلك بل لو قاهره فاحياه لم يملك بلا خلاف بل يمكن تحصيل الاجماع عليه (* ١) .

فالامر متسالم عليه بينهم بالاضافة الى أنه لا يبعد ان المغروس في اذهان

---

١) الجواهر ج ٣٨ ص : ٥٦

بكل ما يـدل على ارادة الاحياء كوضع الاحجار في اطرافها او حفر اساس او حفر بئر من آبار القناة الدارسة الخربة فانه تحجير بالاضافة الى بقية آبار القناة بل هو تحجير ايضاً بالاضافة الى الاراضي الموات التي تسقى بمائها بعد جريانه فلا يجوز لغيره احياءها كما انـه او حفر بئراً في الموات بالاصل لاحداث قناة فيها فالظاهر انه تحجير بالاضافة الى اصل القناة وبالاضافة الى الاراضي الموات التي يصل اليها ماؤها بعد تمامها وليس لغيره احياء تلك الاراضي[1] .

(مسألة ٢٣) : التحجير كما عرفت يفيد حق الاولوية ولا يفيد الملكية ولكن مع ذلك لا باس بنقل ما تعلق به بما هو كذلك ببيع أو غيره فما هو غير قابل للنقل انما هو نفس الحق حيث انه حكم شرعي غير

المتشرعة ان التحجير يوجب الأولوية للمحجر مضافاً الى قاعدة السبق المشهورة بين القوم ويدل عليه بعض النصوص لاحظ ما عن النبي صلى الله عليه وآله قال : « من سبق الى مالا يسبقه اليه المسلم فهو احق به » (* ١) .

فالنتيجة : انه لا يجوز مزاحمة المحجر فان زاحمه احد فاحيا الارض لا يملكها خلافاً لما يحكى عن جامع الشرايع على ما في الجواهر انـه قال يملك الاخر ويكون قد اساء والدليل على المدعى الاجماع والتسالم وتناسب الحكم والموضوع يقتضيه وأما النبوي ان النبي صلى الله عليه وآله قال : من احاط حائطاً على أرض فهي له (* ٢) فلا اعتبار بسنده .

١) لا يبعد صدق العنوان بالامور المذكورة في المتن .

---

١) مستدرك الوسائل الباب ١ من أبواب احياء الموات الحديث : ٤

٢) مستدرك الوسائل الباب ١ من أبواب احياء الموات الحديث : ٣

قابل للانتقال وأما متعلقه فلامانع من نقله[١] .

(مسألة ٢٤) : يعتبر في كون التحجير مانعاً تمكن المحجر من القيام بعمارته واحيائه فان لم يتمكن من احياء ما حجره لمانع من الموانع كالفقر أو العجز عن تهيئة الاسباب المتوقف عليها الاحياء جاز لغيره احياؤه وكذا الحال فيما لو حجر زائداً على ما يقدر على احيائه فانه لااثر لتحجيره بالاضافة الى المقدار الزائد[٢] وعليه فلو حجر الموات من كان عاجزاً عن احيائها ليس له نقلها الى غيره بصلح أو هبة أو بيع اونحو ذلك[٣] .

(مسألة ٢٥) : لايعتبر في التحجير أن يكون بالمباشرة بل يجوز أن يكون بالتوكيل[٤] والاستيجار وعليه فالحق الحاصل بسبب عملهما للموكل والمستأجر لاللوكيل والاجير[٥] وأما اذا وقع التحجير عن

---

١) الذي يتصور ان ذا الحق يرفع اليد عن حقه كي يفتح الطريق لغيره وأما نقل العين فلا نفهم ما معناه اذ المفروض ان ما تعلق به الحق من المباحات فكيف يكون قابلا للنقل بالصلح أو الهبة .

٢) لعدم الدليل على ازيد من هذا المقدار وان شئت قلت : لادليل على كون التحجير موجباً لحصول حق الاولوية على نحو الاطلاق بل يحصل بالمقدار المتعارف وهو هذا المقدار فمن لايكون قادراً على الاحياء لايثبت له الحق .

٣) بل تقدم انه لادليل على جواز النقل حتى في مورد تحقق الحق والاولوية

٤) لجريان الوكالة وجوازها في مثل هذه الامور .

٥) الاجير اذا كان وكيلا عن المستأجر يدخل في عنوان الوكالة وان لم يكن

شخص نيابة عن غيره ثم اجاز النيابة فهل يثبت الحق للمنوب عنه اولا ؟ وجهان لايبعد عدم الثبوت[١] .

(مسألة ٢٦) : اذا انمحت آثار التحجير فان كان من جهة اهمال المحجر بطل حقه وجاز لغيره احياؤه[٢] وأما اذا لم يكن من جهة اهماله وتسامحه وكان زوالها بدون اختياره كما اذا أزالها عاصف ونحوه ففي بطلان حقه اشكال[٣] .

وكيلا فبأي عنوان يحجر ويمكن دفع الاشكال بأن المستأجر يحجر الارض بالواسطة وبعبارة اخرى الموضوع للاولوية التحجير ولافرق بين كونه بالمباشرة أو بالواسطة .

١) الذي يخطر بالبال عاجلا انه لادليل على صحة النيابة الا في بعض الموارد المنصوصة كالنيابة في الحج أو الصلوة والصوم فعلى هذا فلا مجال لجريان الفضولي فيها لكن مرجع اجازة النيابة الى اجازة الوكالة والمفروض صحة الفضولي .

ولعل وجه اشكال الماتن عدم دليل يشمل المقام وبعبارة اخرى دليل تحقق الاولوية بالتحجير هي السيرة ولابد من الاقتصار فيها على القدر المتيقن والله العالم.

٢) لعدم دليل على بقاء الحق ومقتضى الاصل عدم بقائه وبعبارة اخرى مقتضى الاستصحاب عدم جعل حق زائد على المقدار المعلوم .

٣) يمكن أن يقال انه لادليل على بقاء حقه الا استصحاب البقاء وهذا الاستصحاب معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد مضافاً الى أن مقتضى دليل الاحياء جواز احيائه وتملكه فمقتضى الاطلاق صيرورة الارض ملكاً للمحيي الثاني الا أن يقال مع جريان استصحاب بقاء الحق لامجال للأخذ بالاطلاق اذ مع الاصل في السبب لامجال للأخذ باطلاق دليل الاحياء وبعبارة اخرى بعد احراز الموضوع بالاستصحاب لاتصل النوبة الى الأخذ بالاطلاق فالعمدة الاشكال في جريان

(مسألة ٢٧) : اللازم على المحجر ان يشتغل بالعمارة والاحياء عقيب التحجير[1] فلو اهمل وترك الاحياء وطالت المـدة ففي جواز احيائه لغيره بدون اذنه اشكال فالاحوط ان يرفع أمره الى الحاكم الشرعي مع بسط يده أو وكيله فيلزم المحجر باحد أمرين اما الاحياء او رفع اليد عنه[2] نعم اذا أبدى عذراً مقبولا يمهل بمقدار زوال عذره فاذا اشتغل بعده بالتعمير ونحوه فهو والا بطل حقه وجاز لغيره احياؤه[3] واما اذا لم يكن الحاكم فالظاهر سقوط حقه ايضاً اذا اهمل بمقدار يعد عرفاً تعطيلا له[4] والاحوط الاولى مراعاة حقه الى ثلث سنين[5].

الاستصحاب فلاحظ .

١) بتقريب انه لادليل على اولويته حتى مع الاهمال .

٢) لااشكال في حسن الاحتياط وأما مقتضى الصناعة فالظاهر جواز الاحياء لغيره بلا رفع الأمر الى الحاكم بالتقريب الذي ذكرناه وهو الاخذ باطلاق دليل الاحياء.

٣) اذ مع العذر لايصدق الاهمال فيكون الحق باقياً وليعلم ان الحكم دائر مدار الواقع ففي صورة الاهمال يسقط حقه وفي صورة كونه معذوراً يبقى الحق فلو شك في الاهمال وعدمه يحرز بقاء الحق بالاستصحاب في الظاهر .

٤) بل الامر كذلك مع وجود الحاكم ايضاً كما تقدم .

٥) لاحظ ما رواه يونس عن العبد الصالح عليه السلام قال : قال : ان الارض لله تعالى جعلها وقفاً على عباده فمن عطل أرضاً ثلاث سنين متوالية لغير مـا علة اخذت من يده ودفعت الى غيره ومن ترك مطالبة حق له عشر سنين فلاحق له(*١)

---

١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب احياء الموات الحديث : ١

(مسألة ٢٨) : الظاهر انه لايعتبر في التملك بالاحياء قصد التملك بل يكفي قصد الاحياء والانتفاع به بنفسه أو من هو بمنزلته فلو حفر بئراً في مفازة بقصد ان يقضي منها حاجته ملكها[١] ولكن اذا ارتحل وأعرض عنها فهي مباحة للجميع[٢] .

(مسألة ٢٩) : لابد في صدق احياء الموات من العمل فيه الى حد يصدق عليه احد العناوين العامرة كالدار والبستان والمزرعة والحظيرة والبئر والقناة والنهر وماشاكل ذلك ولذلك يختلف ما اعتبر في الاحياء باختلاف العمارة فما اعتبر في احياء البستان والمزرعة ونحوهما غير ما هو معتبر في احياء الدار وماشاكلها وعليه فحصول الملك تابع لصدق أحد هذه العناوين ويدور مداره وجوداً

والرواية ضعيفة سنداً .

١) لاطلاق دليل مملكية الاحياء فان مقتضى اطلاقه عدم التقييد بقصد التملك.

٢) تارة نقول بأن الاعراض يوجب خروج الملك عن ملك مالكه كما لايبعد القول به واخرى لانقول كما لايقوله الماتن فان قلنا بأن الاعراض يوجب الخروج عن الملك فلا اشكال في كونه مباحاً للجميع بل يجوز تملكه لكل احد ، واما ان لم نقل بذلك بل قلنا بكونه باقياً في ملك المعرض فلا يبعد أن يكون الوجه في الجواز في نظر الماتن احد امرين :

احدهما : انه مع فرض الاعراض يرضى بتصرف كل احد فيه بأن يقال : الاعراض يستلزم الاباحة لكل احد أن يتصرف فيه ولكن للمناقشة في الملازمة مجال اذ ربما يقال انه لاتنافي بين الاعراض وعدم طيب النفس بالتصرف من كل

وعدماً وعندالشك فى حصوله يحكم بعدمه[١] .

(مسألة ٣٠) : الاعراض عن الملك لايوجب زوال ملكيته[٢] نعم

احد كالغاصب لال محمد صلى الله عليه وآله مثلا .

ثانيهما : السيرة الجارية فان مقتضاها جواز التصرف في العين التى أعرض عنها مالكها .

١) ما افاده تام فان الحكم تابع للموضوع وتحقق الملكية منوط بتحقق الاحياء فلابد من صدقه باحد الامور المذكورة في المتن ومع الصدق واحراز الموضوع يحكم بالملكية ومع الشك يحكم بعدم تحقق الملكية بل يحكم بعدم الاحياء على ما بنينا عليه من صحة جريان الاستصحاب في الشبهة المفهومية اذا كان الشك من حيث المفهوم وأما اذا كان الشك من جهة الشبهة المصداقية فالامر أوضح .

٢) بتقريب : انه لادليل على الخروج وبعبارة اخرى الخروج عن الملك يحتاج الى سبب من الاسباب والمفروض عدم تحقق سبب من اسبابه لكن الظاهر ان العقلاء يرون الاعراض موجباً للخروج عن الملكية ولذا نرى ان المتشرعة يتصرفون في الاعيان التى اعرض عنها بلا ملاحظة رضا المعرض وعدمه والحال انه لو لم يكن خارجاً عن ملك المالك كيف يجوز التصرف فيه بدون اذنه ولا يجوز لاحد التصرف في مال الغير الا باذنه واذا مات المعرض لايراجعون وارثه.

وبعبارة اخرى ان العقلاء يرون المال المعرض عنه من المباحات ولولاه لم يكن وجه لجواز تملكه ان قلت الاعراض يقتضي اباحة التملك فاذا تملكه احد يكون مملوكاً له قلت مضافاً الى النقاش في هذا الاقتضاء على نحو الاطلاق كما تقدم لادليل على تأثير الاباحة النفسية بل حتى مع الاذن الصريح لحصول الملكية للمتملك نعم لااشكال في جواز تملك المباحات الاصلية التى لامالك لها وأما المال الذي

اذا سبق اليه من تملكه ملكه[١] والا فهو يبقى على ملك مالكه فاذامات فهو لوارثه[٢] ولايجوز التصرف فيه الا باذنه اواعراضه عنه[٣] .

كتاب المشتركات

المراد بالمشتركات الطرق والشوارع والمساجد والمدارس والربط والمياه والمعادن[٤] .

(مسألة ١): الطريق على قسمين نافذ وغير نافذ أما الاول فهو الطريق المسمى بالشارع العام والناس فيه شرع سواء ولايجوز التصرف لاحد فيه باحياء أو نحوه ولا في أرضه ببناء حائط أوحفر بئر أو نهر أو مزرعة أوغرس أشجار و نحو ذلك وان لم يكن مضراً بالمارة وأما حفر بالوعة فيه ليجتمع فيها ماء المطر ونحوه فلا اشكال في جوازه لكونها من

يكون مملوكاً للغير فلايجوز تملكه باباحة مالكه .

١) يمكن أن يكون ناظراً الى جريان السيرة عليه .

٢) اذ على فرض بقائه على ملك مالكه ينتقل بعد موته الى وارثه بالارث .

٣)لأن المفروض ان الذي اعرض عنه مات والمالك لم يعرض فينوط التصرف باذن وارثه ورضاه فلاحظ والحمدلله أولاو آخراً وظاهراًوباطناًوالصلاة على محمد وآله الطاهرين الى يوم الدين .

٤)قال في الجواهر : « وهى الطرق والمساجد والمشاهد والوقوف المطلقة كالمدارس والربط والخانات والمقابر والمساكن ونحوها مما هو مشترك المنفعة بين الناس اجمع حتى الموات الذي لم يرد احياءه » .

مصالحه ومرافقه وكذا لاباس بحفر سرداب تحته اذا أحكم أساسه وسقفه كماانه لاباس بالتصرف في فضائه باخراج روشن أوجناح أو فتح باب أو نصب ميزاب أوغيرذلك والضابط ان كل تصرف في فضائه لايكون مضراً بالمارة جائز[1].

(مسألة ٢) : لوأحدث جناحاً على الشارع العام ثم انهدم أوهدم فان كان من قصده تجديده ثانيــاً فالظاهر انه لايجوز للطرف الاخر اشغال ذلك الفضاء وان لم يكن من قصده تجديده جاز ذلك[2].

---

١) لااشكال في عدم جواز التصرف بمايكون مضراً بالمارة فان مقتضى السيرة عدم الجوازو أما التصرف الذي لايكون مضراًبالمارة ولايكون مزاحماً لهم فمقتضى الاصل الأولي هو الجواز والمنع يحتاج الى دليل كما هو ظاهرولايتوقف الجواز على كون التصرف من مصالح الطريق كحفر البالوعة ليجتمع فيها ماء المطر بـل مادام لايكون مضراً بمصالح المارة يكون مقتضى الاصل هو الجواز كما هو المقرر والوجه فيه : انه لامقتضي للحرمة وانما الثابت بالاجماع والسيرة عدم جوازمزاحمة المارة فكل تصرف لايترتب عليه هذا المحذور على نحو الاطلاق والعموم يكون جايزاً بمقتضى الاصل الاولي والمنع يحتاج الى الدليل .

٢) أما في صورة عدم قصده تجديده فيسقط حقـه ويجوز للغير اشغال ذلك وهذا واضح وأما مـع قصده تجديده فالظاهر ان الوجه في عدم الجواز حق السبق فان السابق أحق وقد دلت على المدعى جملة من النصوص :

منها : ما ارسله محمدبن اسماعيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له نكون بمكة أو بالمدينة أو الحيرة أوالمواضع التي يرجى فيها الفضل فربما خرج الرجل

(مسألة ٣) : الطريق الذي لا يسلك منه الى طريق آخر أو أرض مباحة لكونه محاطاً بالدور من جوانبه الثلاثة وهو المسمى بالسكة المرفوعة والدربية فهو ملك لارباب الدور التي أبوابها مفتوحة اليه دون كل من كان حائط داره اليه وهو مشترك بينهم من صدره الى ساقه وحكمه حكم سائر الاموال المشتركة فلا يجوز لكل واحد منهم

يتوضأ فيجيء آخر فيصير مكانه فقال : من سبق الى موضع فهو أحق به يومه وليلته (* ١) وهذه الرواية ساقطة بالارسال .

ومنها : ما أرسله ابن أبي عمير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سوق المسلمين « القوم خ ل » كمسجدهم يعني اذا سبق الى السوق كان له مثل المسجد (* ٢) وهذه الرواية ساقط بالارسال .

ومنها : قوله عليه السلام : « من سبق الى ما لم يسبقه اليه المسلم فهو أحق به (* ٣) » والرواية ضعيفة .

ومنها : ما رواه طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل وكان لا يأخذ على بيوت السوق كراء (* ٤) .

وهذه الرواية ضعيفة بطلحة حيث انه لم يوثق لكن لا شبهة في أن حق السبق من الحقوق المسلمة في الشريعة المقدسة وعليه جريان السيرة فلا مجال للاشكال

---

١) الوسائل الباب ٥٦ من ابواب احكام المساجد الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ١٧ من أبواب آداب التجارة الحديث : ٢

٣) مستدرك الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث : ٤

٤) الوسائل الباب ٥٦ من ابواب احكام المساجد الحديث : ٢

التصرف فيه بدون اذن الاخرين[١].

---

١) قال العلامة قدس سره في التبصرة : «المشهور بين الاصحاب انه يشترك المتقدم والمتأخر في المرفوعة الى الباب الاول وصدر الدرب ويختص المتآخر بما بين البابين ولكل منهما تقديم بابه لاتأخيره» .

وعن الشهيد في الدروس تقوية اشتراك الجميع في الجميع واختاره المحقق الاردبيلي كما نقل عنه ويمكن أن يستدل على الملكية ـ كما في الجواهر في كتاب الصلح ـ ان الدربية ملك لأرباب الدور بواسطة الاحياء فان احياء كل شيء بحسبه كما ان حيازة كل شيء كذلك فيشمله دليل من أحيى أرضاً فهي له ومن حاز شيئاً ملك وحيث ان الاحياء تتحقق بفعل اربـاب الدور تكون الدربية ملكاً لهم بنحو اشتراك الجميع في الجميع .

وقال في الحدائق (*١) في كتاب الصلح : « البحث الثالث: لو كان في السكة المرفوعة أبـواب بعضها أدخل من الاخـر فهل يشترك جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم أم شركة كل واحد يختص بما بين رأس السكة وباب داره لأن محل تردده هو ذلك المكان خاصة ؟ المشهور بين الاصحاب الثاني والوجه فيه ان المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلا يشارك في الداخل فحكمه بالنسبة الى هذا الداخل الزائد على بابه حكم الاجنبي من غير اهل السكة وقيل بالاول فيشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة عن الابواب وهو صدر السكة ان كان ذلك وعلل باحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الأثقال عند الادخال والاخراج » الى آخر مـا أفاده في المقام مفصلا .

والانصاف ان الجزم باحـد الطرفين مشكل اذ لانص وايضاً لم يقم اجماع

---

١) ج ٢١ ص : ١٢٣

نعم يجوز لكل منهم فتح باب آخر وسد الباب الاول[1] .

(مسألة ٤) : لايجوز لمن كان حائط داره الى الدربية فتح باب اليها للاستطراق الاباذن أربابها[2] نعم له فتح ثقبة وشباك اليها[3] وأما فتح باب لاللاستطراق بل لمجرد دخول الهواء أو الاستضاءة فلايخلو عن اشكال[4] .

(مسألة ٥) : يجوز لكل من أصحاب الدربية الجلوس فيها

تعبدي على شيء من هذه الاحكام فالمقدار المعلوم المسلم من الشرع يبنى عليه وفي الزائد يعمل على طبق الاصل الاولي ومقتضاه الجواز فانقدح بما ذكرنا ان ما أفاده في المتن من كون الدربية ملك لارباب الدور فمضافاً الى أنه خلاف مقالة المشهور يشكل اقامة الدليل عليه اذ لقائل أن يقول ان دليل الاحياء والحيازة لايقتضي الاشتراك لأن احداث الدور من قبل أربابها لم يكن في زمان واحد .

وبعبارة اخرى : هو من الامور التدريجية فلاوجه لاشتراك الجمع في الجميع اللهم الا أن يقال : بأن التدريج ليس قابلا للانكار لكن بعد تحقق الدرب يصدق ان أرباب الدور أحيوا المرفوعة فاذا صدق هذا العنوان تكون النتيجة انها لهم بالاشتراك وهذا التقريب على الظاهر لابأس به فلاحظ .

١) اذا كان فتح باب آخر جايزاً بلا اذن من الاخرين فما الوجه في وجوب سد الباب الاول ؟ والذي يختلج بالبال أن يقال : انه يجوز فتح الباب الاخر مطلقا اذ يجوز له رفع الجدار تماماً ففتح الباب جوازه بالاولوية فتأمل .

٢) الظاهر ان الوجه فيه انه تصرف في ملك الغير فيتوقف على اذنه .

٣) اذ هو تصرف في ملكه فيجوز .

٤) قبل في وجهه : انه بمرور الايام تحصل شبهة الاستحقاق اذ وجود الباب

والاستطراق والتردد منها الى داره بنفسه وعائلته ودوابه وكل ما يتعلق بشؤونه من دون اذن باقي الشركاء وان كان فيهم القصر ومن دون رعاية المساواة معهم[1].

(مسألة٦): يجوز لكل أحد الانتفاع من الشوارع والطرق العامة كالجلوس أو النوم أو الصلاة أو البيع أو الشراء أو نحو ذلك مالم يكن مزاحماً للمستطرقين وليس لاحد منعه عن ذلك وازعاجه كما انه ليس لاحد مزاحمته في قدر ما يحتاج اليه لوضع متاعه ووقوف المعاملين ونحو ذلك[2].

(مسألة ٧) : اذا جلس أحد في موضع من الطريق ثم قام عنه فان كان جلوسه جلوس استراحة ونحوها بطل حقه وان كان لحرفة ونحوها فان كان قيامه بعد استيفاء غرضه وعدم نية العود بطل حقه أيضاً ولو جلس في محله غيره لم يكن له منعه[3]

امارة على استحقاق الاستطراق فلهذه الشبهة يحرم هكذا فى الجواهر (* ١) .

١) وذلك للسيرة الجارية عليها هكذا في الجواهر (* ٢) .

٢) فانه لامقتضي للحرمة مع عدم المزاحمة اذ ليس الشارع العام ملكاً لاحد كي يتوقف على اذنه مضافاً الى أن السيرة جارية عليه فلاحظ .

٣) اذ مع بطلان حقه يكون لكل احد اشغال مكانه فيحرم عليه أن يزاحم غيره وهذا ظاهر .

---

١) ج ٢٦ ص : ٢٤٨

٢) عين المصدر .

وان كان قبل استيفاء غرضه وناويا للعود فعندئذ ان بقى منه فيه متاع أورحل أوبساط فالظاهر بقاء حقه[1] وان لم يبق منه شيىء فبقاء حقه لايخلو عن اشكال[2] والاحتياط لايترك فيما اذاكان في يوم واحد[3] وأما اذاكان في يوم آخر فالظاهر انه لااشكال في أن الثاني أحق به من الاول[4] .

وملخص الكلام ان حق السبق للسابق بلاترجيح لاحد على غيره هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان الحق يزول بالاعراض وباستيفاء الغرض فما أفاده في المتن تام لاسترة عليه اضف الى ذلك ما أفاده في الجواهر في كتاب احياء الموات «بأنه اذا قام الجالس غير المضر بالمار بعد استيفاء غرضه وعدم نية العود بطل حقه الذي لم يعلم ثبوته له زائداً على ذلك بل لعل المعلوم عدمه بل يمكن تحصيل الاجماع عليه» .

١) بتقريب : ان الاحقية تحصل مادام كون الشيء في يد المستحق وفي تصرفه وقبضته فاخذه كدفعه ظلم وهذا هو الفارق بين بقاء الرحل وعدمه اذمع عدم بقائه لايصدق كـون الشيء في قبضته وتصرفه ومجرد نية العود لايكفي في صدق كون الشيء في قبضته وتصرفه ولقد أجاد صاحب الجواهر في كتاب احياء الموات وجاء بتحقيق يليق بأن يستفاد فراجع .

٢) لعدم الدليل على بقاء الحق واستصحاب البقاء لامجال له لما ذكرنا في الاصول من عدم جريان الاستصحاب في الحكم الكلي .

٣) لايبعد أن يكون الوجه في الاحتياط ما وردمن النص لاحظ حديثي محمد بن اسماعيل وطلحة بن زيد (*١) وقد مر منا ان السند في كليهما ضعيف .

٤) فانه لامقتضي لبقاء حق الاول والظاهر انه لاخلاف بين القوم في عدم بقاء

---

١) لاحظ ص : ١٦٤ و ١٦٥

(مسألة ٨): يتحقق الشارع العام بأمور: الاول: كثرة الاستطراق والتردد ومرور القوافل في الارض الموات[1] الثاني : جعل الانسان ملكه شارعاً وتسبيله تسبيلاً دائمياً لسلوك عامة الناس[2] فانه بسلوك بعض

الحق في هذه الصورة راجع ما أفاده في الجواهر في كتاب احياء الموات في هذا المقام .

١) قال في الحدائق في هذا المقام من كتاب الصلح : « أو يصير موضعاً من الموات جادة يسلك الناس فيها ولا يجوز تغييره » والظاهر ان الامر كما افيد اذ بعد صدق العنوان وتحقق الجادة والشارع لايجوز التصرف في معنونه فان الشارع العام راجع الى المصالح العامة وليس لاحد أن يغيره أو يتصرف فيه تصرفاً مزاحماً للجهات العامة .

٢) قال العلامة قدس سره في التذكرة ـ على ما نقل عنه في الحدائق (*١) في كتاب الصلح : « يصير الموضع شارعاً بامور : أن يجعل الانسان ملكه شارعاً وسبيلا مسبلا ويسلك فيه شخص آخر » الخ .

وربما يقال: انه مصداق للوقف ويمكن أن يقرب المدعى بتقريب آخر : وهو انه لو جعل المالك بطيب نفسه ملكه شارعاً عاماً يتعنون بهذا العنوان وبعد تعنونه به لايجوز التصرف بعد ذلك اذ لايجوز التصرف في الشارع العام الراجع الى العموم .

ولكن يرد عليه : بأنه مع بقاء الملكية لامجال لهذا التقريب فان اختيار الملك بيد مالكه فما دام باقياً في ملكه يكون اختياره بيده اللهم الا أن يقال : ان عدم جواز الرجوع بعد التسبيل المطلق متسالم عليه بينهم والله العالم .

---

١) ج ٢١ ص : ١٢٤

الناس يصير طريقاً[١] وليس للمسبل الرجوع بعد ذلك[٢] الثالث احياء جماعة أرضاً مواتاً وتركهم طريقاً نافذاً بين الدور والمساكن[٣].

(مسألة ٩) : لوكان الشارع العام واقعاً بين الاملاك فلاحريم له كما اذا كانت قطعة أرض موات بين الاملاك عرضها ثلاثة أزرع أوأقل أواكثر واستطرقها الناس حتى اصبحت جادة فلايجب على الملاك توسيعها وان تضيقت على المارة وكذا الحال فيما لوسبل شخص في وسط ملكه أومن طرف ملكه المجاور لملك غيره مقداراً لعبور الناس[٤]

---

١) لايبعد ان هـذا التقييد بلحاظ اشتراط القبض في الوقف وتحقيق شرطية القبض في الاوقاف العامة موكول الى محله وأماعلى القول بعدم كونه داخلافي الوقف يكون دليـل الحكم التسالم بينهم وبعبارة اخرى مورد التسالم ما يتحقق فيه السلوك بعد التسبيل .

٢) اذ لااشكال في عدم جواز رجوع الواقف في الوقف هذا على تقدير كونه وقفاً وأما على القول الاخر فالمدرك التسالم كما تقدم آنفاً والله العالم .

٣) كما اشير اليه في كلام العلامة على حسب نقل صاحب الحدائق وكيف كان الامر كما افيد فانه بعد تحقق عنوان الشارع يكون راجعاً الى المصالح العامة ولا يجوز تغييره والتصرف المزاحم فيه كما تقدم .

٤) الوجه فيه انه لامقتضي لوجوب التوسيع على المالك فالامر كما أفاده في المتن ان قلت مـا ذكرت وان كان مقتضى قاعدة تسلط الناس على أموالهم لكن مقتضى جملة من الروايات خلافه لاحظ ماروواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : ما بين بئر المعطن الى بئر معطن أربعون

وأما اذا كان واقعاً بين الموات بكلا طرفيه أو أحد طرفيه فلايجوز احياء ذلك الموات بمقدار يوجب نقص الشارع عن خمسة أذرع فان ذلك حد الطريق المعين من قبل الشرع[1] بل الافضل أن يكون

ذراعاً وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً وما بين العين الى العين يعني القناة خمسمائة ذراع والطريق يتشاح عليه أهله فحده سبع أذرع (* ١) وما رواه عبد الرحمن الاصم (* ٢).

وما رواه أبو العباس البقباق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا تشاح قوم في طريق فقال: بعضهم: سبع اذرع وقال: بعضهم: أربع أذرع فقال أبو عبدالله عليه السلام: لابل خمس أذرع (* ٣).

قلت: أما الحديث الأول والثاني فضعيفان سنداً وأما الحديث الثالث فالظاهر انه ناظر الى صورة التشاح في أخذ المحيي من الشارع بدعوى ان الشارع أربع أذرع في قبال دعوى انه سبعة أذرع فقال عليه السلام: «بل خمسة أذرع» وأما بالنسبة الى الاملاك الشخصية فلا تعرض للرواية.

وان شئت قلت: ان التشاح يتحقق فيما يكون المقتضي للتصرف موجوداً كاحياء الموات فمريد الاحياء يتصدي للأخذ من الشارع والاخر يمنعه بحجة كون الشارع محدوداً بهذا الحد وأما الملك الشخصي الذي سبق وحدث بعده الشارع فلا نزاع فيه وان أبيت عما ذكرنا فلا اقل من الاجمال وعدم الاطلاق.

١) كما نص عليه في خبر البقباق (* ٤) فان الخمس حد شرعي قد عين من

---

١) الوسائل الباب ١١ من أبواب احياء الموات الحديث: ٥

٢) نفس المصدر الحديث ٦

٣) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الصلح الحديث: ١

٤) مر آنفا

سبعة أذرع[1] وعليه فلو كان الاحياء الى حد لا يبقى للطريق خمسة أذرع وجب عليه هدمه[2] نعم لو أحيى شخص من أحد طرفيه ثم أحيى آخر من طرفه الاخر بمقدار يوجب نقصه عن حده لزم على الثاني هدمه دون الاول[3].

قبل الشارع في هذه الرواية .

١) عملا بالخبر الاخرين (* ١) وربما يقال : انه لايجوز احياء الطريق ولو كان واسعاً لرواية البقباق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء اذا لم يضر بالطريق ؟ قال : لا (* ٢) فان مقتضى هذه الرواية عدم جواز الاخذ من الطريق ولو كان واسعاً ويمكن أن يقال بأن هذه الرواية معارضة بما رواه البقباق أيضاً .

فان مقتضى تلك الرواية ان الشارع مقداره شرعاً خمس أذرع ومقتضى هذه الرواية ان الطريق الواسع لايجوز التصرف فيه في فرض عدم الاضرار بالمارة فيقع التعارض فيما زاد على الخمس ومقتضى الاصل بعد التساقط هو الجواز بل يمكن أن يقال : انه لاتعارض بينهما فانما حدد بالخمس حاكم على الاخر ومبين للموضوع وان أبيت عن هذا التقريب وقلت: انهما متعارضان نقول لابد من الاخذ بما دل على عدم الجواز اذ الاحدث من الخبرين غير معلوم كي يرجح على الاخر فيكون المقام داخلا في اشتباه الحجة بلاحجة فلابد من الاحتياط فلاحظ .

٢) اذ المفروض انه تجاوز على الحد الشرعي وعن الحد الشرعي .

٣) اذ المفروض ان المتجاوز هو الثاني .

---

١) لاحظ ص : ١٧١ و١٧٢

٢) الوسائل الباب ٢٧ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث : ١

(مسألة ١٠) : اذا نقطعت المارة عن الطريق اما لعدم المقتضى أو لوجود المانع زال حكمه بل ارتفع موضوعه وعنوانه وعليه فيجوز لكل أحد احياءه[١]

(مسألة ١١) : اذا زاد عرض الطريق عن خمسة أذرع فان كان مسبلا فلا يجوز لاحد احياء ما زاد عليها وتملكه[٢] وأما اذا كان غير مسبل فان كان الزائد مورداً للحاجة لكثرة المارة فلا يجوز ذلك ايضاً[٣] والا فلا مانع منه[٤] .

---

١) اذ المفروض انه ليس طريقاً وشارعاً بالفعل فيشمله دليل جواز الاحياء الا مع عروض عنوان آخر مانع عن الجواز .

٢) اذ لا يجوز التصرف في الوقف على تقدير كونه وقفاً وأما على التقدير الاخر فللتسالم .

٣) لأنه مورد الحق العام مضافاً الى رواية البقباق فانه يستفاد منها انه مع الاضرار بالطريق لا يجوز الاخذ فان الامام عليه السلام قد قرر ما ارتكز في ذهن السائل .

٤) كما تقدم آنفاً حيث قلنا ان مقتضى الاصل بعد المعارضة هو الجواز ان قلت على هذا الاساس يجوز التصرف فيما يكون أزيد من الخمسة اذ مقتضى المعارضة التساقط وبعده تصل النوبة الى الاصل ومقتضاه الجواز بل يمكن أن يقال : ان مقتضى احدى الروايتين ان الحد هو الخمس ومقتضى الثانية عدم جواز التصرف في الشارع والاخذ منه على الاطلاق بلا فرق بين الواسع وغيره وبلا فرق بين وجود المزاحمة وعدمها وبلا فرق بين الخمس وغيره فتكون النسبة العموم المطلق ومقتضاه رفع اليد عن العام بالخاص .

(مسألة ١٢) : يجوز لكل مسلم أن يتعبد ويصلي في المسجد وجميع المسلمين فيه شرع سواء [1] ولا يجوز لاحد أن يزاحم الاخر فيه اذا كان الاخر سابقاً عليه [2] لكن الظاهر تقدم الصلاة على غيرها فلو أراد أحد أن يصلي فيه جماعة أو فرادى فلا يجوز لغيره أن يزاحمه ولو كان سابقاً عليه كما اذا كان جالساً فيه لقراءة القرآن أو الدعاء أو التدريس بل يجب عليه تخلية ذلك المكان للمصلي [3]

قلت: الامر كما ذكرت لكن الظاهر انه مع المزاحمة لايمكن الالتزام بالجواز فان المرتكز في الاذهان عدم جواز المزاحمة فانها تعد عدواناً وتجاوزاً بالنسبة الى الحق العمومي والسيرة جارية على هذا المنوال مضافاً الى أن مقتضى المصالح العامة توسعة الطريق بمقدار يكفي للمارة بأنواعها واصنافها فانه من الامور الحسبية والذي يختلج بالبال أن يقال : ان النسبة بين الحديثين عموم من وجه اذ عنوان الواسع يجتمع مع عنوان خمس اذرع ويفترق عنه كما ان عنوان خمس اذرع كذلك فلابد من اعمال قانون التعارض وقد تقدم انه لابد من الاحتياط .

١) بلا اشكال ولا كلام فان المسجد محل العبادة لعموم المسلمين .

٢) بلا اشكال ولا خلاف ـ كما في الجواهر ـ فان السابق احق بلا كلام وقد دلت على الاحقية جملة من النصوص لاحظ احاديث: محمد بن اسماعيل وطلحة وابن أبي عمير (* ١) ومرسل الصدوق قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل وكان لايأخذ على بيوت السوق كراء (* ٢) .

٣) قال في الجواهر : « وهل الصلاة مقدمة على غيرها من العبادات ؟كقراءة

---

١) لاحظ ص: ١٦٤ و١٦٥

٢) الوسائل الباب ١٧ من أبواب آداب التجارة الحديث : ١

ولا يبعد أن يكون الحكم كذلك حتى لو كان اختيار المصلي هـذا المكان اقتراحاً منه فلو اختار المصلي مكاناً مشغولا بغير الصلاة ولو اقتراحاً يشكل مزاحمته بفعل غير الصلاة وان كان سابقاً عليه[١] نعـم من سبق الى مكان للصلاة فيه منفرداً فليس لمريد الصلاة فيه جماعة منعه وازعاجه[٢] وان كان الاولى للمنفرد حينئـذ أن يخلي المكان للجامع اذا وجد مكاناً آخر فارغـاً لصلاته ولا يكون مناعاً للخير[٣] .

(مسألة ١٣) : اذا قام الجالس من المسجد وفارق المكان فان

القرآن وجهان اقواهما ذلك ولكن لم اجده في كلام احد من الاصحاب ولاغيره من صور التعارض » ويمكن أن يستدل على المدعى بالارتكاز الشرعي مضافاً الى أن مرجع الشك الى التوسعة في الاذن الشرعي وعدمها والاصل عدم التوسعة في الاذن .

وبعبارة اخرى: ان المسجد ليس من المباحات الاصلية وله أحكام خاصة فلابد من احراز الجواز .

لكن يرد عليه ان مرجع الشك الى حرمة التصرف عند المزاحمة ومقتضى الأصل الاولي عدم الحرمة فالاولى الاستدلال عليه بالارتكاز وان الغرض الاساسي المترتب على المساجد الصلاة وانما سميت المساجد بهذا الاسم لعله باعتبار السجود الصلاتي فلاحظ .

١) لعين الملاك الذي ذكرناه .

٢) لعدم دليل على الترجيح كما هو ظاهر .

٣) لا يبعد أن تكون الاولوية المذكورة على القاعدة حيث ان صلاة الجماعة احب الى الله مضافاً الى أنه موافق للاحتياط .

أعرض عنه بطل حقه ولو عاد اليه وقد أخذه غيره فليس له منعه وازعاجه وأما اذا كان ناوياً للعود فان بقي رحله فيه بقي حقه بلا اشكال وان لم يبق ففي بقاء حقه اشكال فالاحوط مراعاة حقه ولاسيما اذا كان خروجه لضرورة كتجديد الطهارة أو نحوه[1] .

(مسألة ١٤) : في كفاية وضع الرحل في ثبوت الاولوية اشكال[2] والاحتياط لايترك[3] هذا اذا لم يكن بين وضع الرحل ومجيئه طول زمان بحيث يستلزم تعطيل المكان والافلا أثر له وجاز لغيره رفعه والصلاة في مكانه اذا كان شغل المحل بحيث لايمكن الصلاة فيه الا برفعه[4] وهل انه يضمنه برفعه أم لا ؟ وجهان الظاهر عدم الضمان اذ لاموجب له بعد جواز رفعه للوصول الى حقه[5] .

(مسألة ١٥) : المشاهد المشرفة كالمساجد في تمام ما ذكر

---

١) كماهو ظاهر وقد مر نظيره فلاحظ المسألة الى آخرها وطبقها على ماذكرناه سابقاً .

٢) لعدم الدليل على ثبوت الحق بهذا المقدار .

٣) بتقريب : صدق عنوان السبق والسابق اولى .

٤) كما هو ظاهر اذ المفروض انه لاحق له فيجوز التصرف في ماله أيضاً برفعه .

٥) الامر كما أفاده لعدم المقتضي للضمان مع فرض جواز التصرف وقصور دليل الضمان عن شموله لهذه الصورة .

من الاحكام[1] .

(مسألة ١٦) : جوازالسكنى في المدارس لطالب العلم وعدمه تابعان لكيفية وقف الواقف فاذاخصها الواقف بطائفة خاصة كالعرب أوالعجم أو بصنف خاص كطالبي العلوم الشرعية أوخصوص الفقه أوالكلام مثلا فلايجوز لغيرهذه الطائفة أوالصنف السكنى فيها وأما بالنسبة الى مستحقي السكنى بها فهي كالمساجد فمن حاز غرفة وسكنها فهوأحق بها ولايجوزلغيره أن يزاحمه مالم يعرض عنها وان طالت المدة الا اذا اشترط الواقف مدة خاصة كخمس سنين مثلا فعندئذ يلزمه الخروج بعد انقضاء تلك المدة بلامهلة[2] أواذا اشترط الواقف اتصاف ساكنها بصفة خاصة كأن لايكون معيلا أويكون مشغولا بالتدريس أوبالتحصيل فاذا تزوج أوطرأ عليه العجز لزمه الخروج منها والضابط ان حق السكنى حدوثاً وبقاءتابع لوقف الواقف بتمام شرائطه فلايجوز السكنى لفاقدها حدوثاً أوبقاءاً[3] .

(مسألة ١٧) : لايبطل حق السكنى لساكنها بالخروج لحوائجه اليومية من المأكول والمشروب والملبس وماشاكل ذلك كمالا يبطل

---

١) كما هو ظاهر .

٢) ما أفاده ظاهر وما أفاده حق حقيق .

٣) ما أفاده ظاهر واضح .

بالخروج منهـا للسفر يوماً أو يومين أو أكثر[١] واذا اعتبر الواقف البيتوتة في المدرسة في ليالي التحصيل خاصة أو في جميع الليالي لم يجز لساكنها أن يبيت في مكان آخر ولو بات بطل حقه[٢] وأما الاسفار المتعارفة التي تشغل مدة من الزمن كالشهر أو الشهرين أو ثلاثة اشهر أو أكثر كالسفر الى الحج أو الزيارة أو لملاقاة الاقرباء أو نحو ذلك مع نية العود وبقاء رحله ومتاعه فلا بأس بهـا مالم تناف شرط الواقف، نعم لابد من صدق عنوان ساكن المدرسة عليه فان كانت المدة طويلة بحيث توجب عدم صدق العنوان عليه بطل حقه[٣] .

(مسألة ١٨) : لا يجوز للساكن في غرفة منع غيره عن مشاركته الا اذا كانت الحجرة حسب الوقف أو بمقتضى قابليتها معدة لسكنى طالب واحد[٤] .

(مسألة ١٩) : الربط وهي المساكن المعدة لسكنى الفقراء أو الغرباء كالمدارس في جميع ما ذكر[٥] .

(مسألة ٢) : مياه الشطوط والانهار الكبار كدجلة والفرات

---

١) الامر كما أفاده .

٢) الامر كما أفاده .

٣) الامر كما أفاده بلا كلام .

٤) الامر كما أفاده .

٥) الامر كما أفاده وتقريب الاستدلال على المدعى في كليهما واحد .

وماشاكلهما أوالصغار التي جرت بنفسها من العيون أوالسيول أوذوبان الثلوج وكذا العيون المتفجرة من الجبال أوفي اراضي الموات وغير ذلك من المشتركات والضابطان كل ماء جرى بنفسه أواجتمع كذلك في مكان بلا يد خارجية عليه فهو من المباحات الاصلية[١] من حازه باناء أوغيره ملكه[٢]

١) الامر كما أفاده فان الاصل الاولي في الاشياء الاباحة مضافاً الى الاجماع بقسميه كما في الجواهر اضف الى ذلك النبوي قال : « الناس شركاء في ثلاث : النار والماء والكلاء (* ١) والكاظمي (* ٢) .

٢) اجماعاً بقسميه وبلا خلاف بل بالضرورة ـ كما في الجواهر ـ وربما يقال بأنه لايصير ملكاً للنبوي الدال على اشتراك الكل .

ويرد عليه : انه خلاف الضرورة وعليه تخصص الرواية مضافاً الى ضعف السند في كلتا الروايتين اضف الى ذلك كله ما يدل على الاختصاص عموماً وخصوصاً أما عموماً فما عن النبي صلى الله عليه وآله من قوله : « من سبق الى مالا يسبقه اليه المسلم فهو أحق به (* ٣) .

وأما خصوصاً فما رواه سعيد الاعرج عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغني بعضهم عن شربه أيبيع شربه ؟ قال : نعم ان شاء باعه بورق وان شاء بكيل حنطة (* ٤) .

وما رواه الكاهلي قال : سأل رجل أبا عبدالله عليه السلام وأنا عنده عن قناة بين

(* ١ و ٢) مستدرك الوسائل الباب ٤ من ابواب احياء الموات الحديث: ٢ والوسائل الباب ٥ من أبواب احياء الموات الحديث : ١

(* ٣) مستدرك الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث : ٤

(* ٤) الوسائل الباب ٦ من ابواب احياء الموات الحديث : ١

من دون فرق بين المسلم والكافر في ذلك[١] وأما مياه الابار والعيون والقنوات التى جـرت بالحفر لابنفسها فهي ملك للحافر[٢] فلا يجوز لاحد التصرف فيها بدون اذن مالكها[٣] .

(مسألة ٢١) : اذا شق نهراً من ماء مباح سواء أكان بحفره في أرض مملوكة له أو بحفره في الموات بقصد احيائه نهراً ملك مايدخل فيه من الماء[٤] واذا كان النهر لمتعددين ملك كل منهم بمقدار حصته من

قوم لكل رجل منهم شرب معلوم فاستغنى رجل منهم عن شربه أيبيعه بحنطة أوشعير قال يبيعه بما شاء هذا مما ليس فيه شيء (* ١) .

وما رواه علي بن جعفر عن أخيه قال : سألته عن قوم كانت بينهم قناة ماء لكل انسان منهم شرب معلوم فباع أحدهم شربه بدراهم او بطعام هل يصلح ذلك ؟ قال نعم لابأس (* ٢) .

١) لاطلاق الدليل اللفظي وتحقق السيرة .

٢) فانه نحو من الحيازة والحيازة توجب الملكية للحائز .

٣) لعدم جواز التصرف في مال الغير بلا اذن منه بلا اشكال .

٤) للحيازة ولكن لم افهم وجه التقييد بقصد الاحياء اذ يحصل التملك بالحيازة ولو بواسطة مملوك الغير فلو حاز مقداراً من الماء في آنية مغصوبة ملك ذلك الماء وان عصى بالنسبة الى التصرف في مال الغير الا أن يكون الماتن ناظراً الى أن شق النهر بقصد الاحياء يوجب تملك الارض فلو جرى فيه الماء ملك الماء بتبع ملك الارض بتقريب : انه لو وقع شيء من المباح الاصلي في ملك شخص يملكه مثلا

---

١) نفس المصدر الحديث : ٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

النهر فان كانت حصة كل منهم من النهر بالسوية اشتركوا في الماء كذلك وان كانت بالتفاوت ملكوا الماء بتلك النسبة[١] ولا تتبع نسبة استحقاق الاراضي التي تسقى منه[٢].

(مسألة ٢٢): الماء الجاري في النهر المشترك حكمه حكم سائر الاموال المشتركة فلايجوز لكل واحد من الشركاء التصرف فيه بدون اذن الباقين[٣] وعليه فان أباح كل منهم لسائر شركائه أن يقضي حاجته منه في كل وقت وزمان وبأي مقدار شاء جاز له ذلك[٤] واذا وقع بينهم تعاسر وتشاجر فان تراضوا بالتناوب والمهاباة بالايام أو الساعات فهو[٥] والا فلا محيص من تقسيمه بينهم بالاجزاء بأن توضع في فم النهر حديدة مثلا ذات ثقوب متعددة متساوية ويجعل لكل منهم من الثقوب بمقدار حصته فان كانت حصة أحدهم سدساً والاخر ثلثاً

لو اجتمع مقدار ماء المطر في حوض دار زيد يكون ملكاً له والله العالم.

١) والوجه فيه ظاهر اذ المفروض ان الملكية يتبع الملك فيلاحظ النسبة كما أفاده في المتن وان كان بلحاظ الحيازة فالامر كذلك أيضاً.

٢) اذ لا وجه للاتباع فان المناط الحيازة أو الدخول في الملك.

٣) اذ لا دليل على اختصاصه بحكم خاص فالأمر كما أفاده.

٤) فانه حكم الملك المشترك.

٥) يمكن أن يقال بأن صحتها على طبق القاعدة الاولية لجريان السيرة عليها وعدم ردع الشارع عنها مضافاً الى أنه يظهر من كلمات الاصحاب انها مورد الاجماع.

والثالث نصفاً فلصاحب السدس ثقب واحد ولصاحب الثلث ثقبان ولصاحب النصف ثلاثة ثقوب فالمجموع ستة[١] .

(مسألة ٢٣) : القسمة بحسب الاجزاء لازمة[٢] والظاهر انها قسمة اجبار فاذا طلبها أحد الشركاء اجبر الممتنع منهم عليها[٣] وأما القسمة بالمهاياة والتناوب فهي ليست بلازمة فيجوز لكل منهم الرجوع عنها[٤] نعم الظاهر عدم جواز رجوع من استوفى تمام نوبته دون الاخر[٥]

---

١) فانه نحو من القسمة التي بنوا على صحتها في كتاب القسمة للسيرة والاجماع وتفصيل الكلام حولها موكول الى محله .

٢) قد صرح سيدنا الاستاد في كتاب القضاء بذلك وقال في الفرع الثاني والأربعين : « القسمة عقد لازم » والظاهر ان الامر كما أفاده اذ يصدق عليه العقد فيجب الوفاء به بمقتضى وجوب الوفاء بالعقد .

٣) لولاية الحاكم على الممتنع وتفصيل الكلام موكول الى محله .

٤) قال في الجواهر (* ١): «انها غير لازمة للاصل وغيره» الخ ويمكن أن يكون مراده من غيره الاجماع وأما الأصل فلا اصل له اذ لو كان المراد من الأصل اصالة عدم اللزوم فهو معارض باصالة عدم الجواز مضافاً الى أن مقتضى الاستصحاب بقاء العقد على حاله فان الاستصحاب على مسلك المشهور يجري في الحكم الكلي اضف الى ذلك ان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد هو اللزوم فلا تصل النوبة الى الأصل.

٥) قد صرح في الجواهر (* ٢) بخلافه ولم يظهر لي وجه التفصيل بين الصورتين الا أن يقال : بأن اللزوم على القاعدة وانما نلتزم بالجواز في بعض

---

١) ج ٣٨ ص : ١٢٧

٢) عين المصدر

(مسألة ٢٤) : اذا اجتمع جماعة على ماء مباح من عين أو واد أو نهر أو نحو ذلك كان للجميع حق السقي منه[١] وليس لاحد منهم شق نهر فوقها ليقبض الماء كله أو ينقصه عن مقدار احتياج الباقين[٢] وعندئذ فان كفى الماء للجميع دون مزاحمة فهو والاقدم الاسبق فالاسبق في الاحياء[٣] ان كان وعلم السابق[٤] والاقدم الاعلى فالاعلى والاقرب الى فوهة العين أو أصل النهر وكذا الحال في الانهار المملوكة المنشقة من الشطوط فان كفى الماء للجميع والاقدم الاسبق فالاسبق اى من كان شق نهره اسبق من شق نهر الاخر وهكذا ان كان هناك سابق ولاحق والا فيقبض الاعلى بمقدار ما يحتاج اليه ثم ما يليه وهكذا[٥] .

الصور للاجماع .

١) لعدم ترجيح احدهم على الاخرين .

٢) لعدم جواز المزاحمة والمفروض ان لكل منهم حق السقي .

٣) لاحقية السابق على ما هو المقرر عند الشرع .

٤) يظهر من العبارة انه يشترط في التقديم وجود السابق والعلم به ويرد عليه انه في صورة وجود السابق وعدم العلم به تصل النوبة الى القرعة فانها لكل أمر مشكل ولم يظهر وجه عدم تعرضه للقرعة .

٥) لجملة من النصوص : منها : ما رواه غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في سيل وادي مهزور للزرع الى الشراك وللنخل الى الكعب ثم يرسل الماء الى أسفل من ذلك(*١) وهذه الرواية ضعيفة بابن ايمن .

---

١) الوسائل الباب ٨ من أبواب احياء الموات الحديث : ١

. . . .

ومنها : مرسل الصدوق قال : وفي خبر آخر : للزرع الى الشراكين والنخل الى الساقين قال : وهذا على حسب قوة الوادي وضعفه (*١) والمرسل لااعتبار به

ومنها : ما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في شرب النخل بالليل ان الأعلى يشرب قبل الأسفل يترك من الماء الى الكعبين ثم يسرح الماء الى الأسفل الذي يليه وكذلك حتى ينقضي الحوائط ويفني الماء (* ٢) والرواية ضعيفة بابن هلال .

ومنها: ما رواه غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في سيل وادي مهزور أن يحبس الأعلى على الأسفل للنخل الى الكعبين والزرع الى الشراكين (* ٣) .

والظاهر صحة هذه الرواية ولكن يبقى في المقام اشكال وهو ان هذه الرواية تعارض قاعدة السبق بالعموم من وجه ويقع التعارض بينهما فيما يكون الاسبق اسفل والمسبوق أعلى .

لكن يمكن أن يكون الوجه في تقدم الاسبق ان السيرة جارية على احقية السابق على الاطلاق ولعله مورد اتفاق الاصحاب .

ولكن هذا الاشكال انما يتوجه اذا قلنا بشمول النص مورد تحقق السبق وأما على القول بعدم شمول الروايه لمورد تحقق السبق فلامجال لهذا التقريب والظاهر ان الحديث ناظر الى صورة التساوي وعدم السابق ولذا ترى ان الماتن جعل معيار الترجيح السبق فمع تحقق السبق لاتصل الأمر بما يستفاد من الحديث .

ثم ان المذكور في الرواية النخل والزرع وهي خالية عن ذكر الشجر فهل

---

١) نفس المصدر الحديث : ٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٥

٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(مسألة ٢٥) : تنقية النهر المشترك واصلاحه ونحوهما على الجميع بنسبة ملكهم اذا كانوا مقدمين على ذلك باختيارهم[١] وأما اذا لم يقدم عليها الا البعض لم يجبر الممتنع[٢] كما انه ليس للمقدمين مطالبته بحصته من المؤنة الا اذا كان اقدامهم بالتماس منه وتعهده ببذل حقه[٣] واذا كان النهر مشتركا بين القاصر وغيره وكان اقدام غير القاصر متوقفاً على مشاركة القاصر اما لعدم اقتداره بدونه أو لغير ذلك وجب على ولي القاصر مراعاة لمصلحته مشاركته في الاحياء والتعمير وبذل المؤنة من مال القاصر بمقدار حصته[٤] .

يلحق الشجر بالنخل أو الزرع ؟ مقتضى الاحتياط الحاقه بالزرع الا أن يقال : بأن العرف يفهم الحاقه بالنخل وكيف كان يظهر من الماتن في المقام تقديم الأعلى على الأسفل على الاطلاق مع انه يظهر منه فيما بعد في مسألة (٢٦) اختصاص التقديم بخصوص النخل والزرع مع قيد التحديد بالكعب والشراك المذكورين في الرواية فلاحظ .

١) فان ملاحظة النسبة في الفرض المذكور أمر طبيعي وأصل اولي .

٢) اذ لاوجه للاجبار ان قلت مقتضى حديث لاضرر انه يجبر اذ يلزم من امتناع بعضهم توجه الضرر الى غيره قلت : انما يتم الاستدلال بالحديث على المسلك المشهور هذا اولا وثانياً : لايستفاد من حديث لاضرر حكم اثباتي فلا يستفاد منه وجوب الاشتراك أو جواز الاجبار اضف الى ذلك انه خلاف الامتنان بالنسبة الى من اجبر وهو الممتنع .

٣) كما هو ظاهر اذ لامقتضي للضمان الا مع الالتماس كما صرح به في المتن

٤) كما هو ظاهر فان ولي القاصر يجب عليه رعاية مصالح الصغير والقاصر وهذا

(مسألة ٢٦) : يحبس النهر للاعلى الى الكعب فى النخل وفى الزرع الى الشراك ثم كذلك لمن هو دونه [١] وللمالك أن يحمى المرعى فى ملكه [٢] وليس لصاحب النهر تحويله الا باذن صاحب الرحى المنصوبة عليه باذنه [٣] وكذا غير الرحى أيضاً من الاشجار

من الواضحات .

١) كما صرح في حديث غياث (* ١) .

٢) كما اشار اليه في الجواهر (* ٢) والظاهر ان المدرك حديث ادريس بن زيد عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته وقلت : جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولنا حدودولناالدواب وفيها مراعى وللرجل منا غنم وابل يحتاج الى تلك المراعى لابله وغنمه أيحل له أن يحمى المراعى لحاجته اليها فقال : اذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمى ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه وقال : وقلت له: الرجل يبيع المراعى فقال : اذا كانت الارض أرضه فلا بأس (* ٣) والحديث ضعيف بادريس حيث انه لم يوثق .

وأما حديث محمد بن عبدالله قال: سألت الرضاعليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا أو أقل أو أكثر يأتيه الرجل فيقول : أعطنى من مراعى ضيعتك واعطيك كذا وكذا درهماً فقال : اذا كانت الضيعة له فلاباس (* ٤) فهو ضعيف أيضاً به .

٣) الأصل فيه ماروواه محمد بن الحسين قال : كتبت الى أبي محمد عليه السلام

---

١) لاحظ ص : ١٨٥

٢) جواهر الكلام ج ٣٨ ص : ٦٣

٣) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث : ١

٤) الوسائل الباب ٩ من ابواب احياء الموات الحديث : ١

المغروسة على حافتيه وغيرها[١] .

(مسألة ٢٧) : المعادن على نوعين : الاول : المعادن الظاهرة وهي الموجودة على سطح الارض فلا يحتاج استخراجها الى مؤنة عمل خارجي وذلك كالملح والقير والكبريت والمومياء والفيروزج وماشاكل ذلك الثاني : المعادن الباطنة وهي التي يتوقف استخراجها على الحفر والعمل وذلك كالذهب والفضة أما الاولى فهي تملك بالحيازة فمن حاز منها شيئاً ملك قليلا كان أو كثيراً[٢] وبقي الباقي

رجل كانت له رحى على نهر قرية لرجل فأراد صاحب القرية أن يسوق الى قريته الماء في غير هذا النهر ويعطل هذه الرحى أله ذلك أم لا ؟ فوقع عليه السلام : يتقي الله ويعمل في ذلك بالمعروف ولا يضر أخاه المؤمن (* ١) .

فان مقتضى اطلاق هذا الخبر عدم جواز التحويل بلا تقييد بكون نصب الرحى عن حق بل يكفي في الحرمة مجرد الاذن في النصب كما في المتن فما عن الحلي وصاحب الرياض من التقييد بصورة كونه حقاً واجباً على صاحب النهر ينافي الاطلاق فلا وجه له لكن الظاهر انه لا يشمل الحكم صورة عدم الحق لصاحب الرحى وبعبارة اخرى : لا يجوز مزاحمة ذي الحق .

١) يمكن التأمل في التعميم اذ منع صاحب النهر ينافي قاعدة الناس مسلطون على أموالهم ويمكن أن يكون نظر الماتن الى أن العرف يفهم من الرواية عدم الفرق بين الموارد وعدم خصوصية للرحى لكن قد تقدم الاشكال في الرحى الا فيما يكون نصبه عن حق .

٢) كغيرها من المباحات الاصلية التي تملك بها بلا اشكال لكن لقائل أن يقول

(* ١) الوسائل الباب ١٥ من أبواب احياء الموات

على الاشتراك[١] وأما الثانية فهي تملك بالاحياء بعد الوصول اليها وظهورها[٢] وأما اذا حفر ولم يبلغ نيلها فهو يفيد فائدة التحجير[٣].

(مسألة ٢٨): اذا شرع في احياء معدن ثم أهمله وعطله أجبره الحاكم أو وكيله على اتمام العمل أو رفع يده عنه ولو أبدى عذراً

ان المعادن ليست من المباحات الاصلية بل هي من الانفال التي تكون مملوكة للامام عليه السلام ويدل على المدعى بعض النصوص لاحظ مارواه اسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الانفال فقال: هي القرى التي قد خربت وانجلى أهلها فهي لله وللرسول وما كان للمملوك فهو للامام وما كان من الأرض بخربة لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب وكل أرض لارب لها والمعادن منها ومن مات وليس له مولى فماله من الانفال (* ١).

وما رواه داود بن فرقد عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: قلت: وماالانفال؟ قال: بطون الاودية ورؤوس الجبال والاجام والمعادن الحديث (* ٢) لكن الظاهر انه لااشكال في جواز الحيازة وان كان المحاز ملكاً للامام عليه السلام

١) اذ لامقتضي لملكية الباقي فان المفروض ان الباقي لم يقع مورد الحيازة فلم تملك.

٢) بتقريب: انه نحو من الاحياء الموجب للملكية واحياء كل شيء بحسبه مضافاً الى ما في الجواهر (* ٣) من عدم الخلاف فيه بل ادعي عليه الاجماع من جماعة وربما يقال: بأنه مصداق للحيازة التي توجب الملكية فلاحظ.

٣) اذ لم يتحقق الأحياء كما لم تتحقق الحيازة فلا وجه لحصول الملكية نعم

---

١) الوسائل الباب ١ من احكام الانفال الحديث: ٢٠

٢) نفس المصدر الحديث: ٣٢

٣) جواهر الكلام ج ٣٨ ص: ١١٠

أمهله الى أن يزول عذره ثم يلزمه على أحد الامرين[١].

(مسألة ٢٩) : المعادن الباطنة انما تملك باحياء الارض اذا عدت عرفاً من توابع الارض وملحقاتها[٢] وأما اذا لم تعدمنها كمعادن النفط المحتاجة الى حفر زايد للوصول اليها أو ماشا كلها فلا تتبع الارض ولا تملك باحيائها[٣].

(مسألة ٣٠) : لو قال المالك اعمل ولك نصف الخارج من المعدن فان كان بعنوان الاجارة بطل[٤] وفي صحته بعنوان الجعالة اشكال[٥].

له حق السبق كحق التحجير .

١) يقع الكلام تارة في مقام الثبوت وان الحق يبقى مع الاهمال أم لا ؟ واخرى في مقام الاثبات وهو انه مع وجود اظهار العذر يمهل اما المقام الاول فلقائل أن يقول انه لو لم يكن حقه باقياً مع الاهمال فلا وجه لدخالة الحاكم بل يجوز لكل احد رفع يده والاشتغال بالعمل وان كان حقه باقياً فلا وجه للاجبار والاكراه فلاحظ وأما المقام الثاني فنقول: مع احتمال كونه معذوراً أي وجه في جواز تعرضه وبعبارة اخرى : يحمل فعله على الصحة الا أن يثبت الاهمال .

٢) كما هو مقتضى تملك الارض بالاحياء .

٣) اذ لامقتضي له على الفرض .

٤) للجهالة وهي توجب بطلان الاجارة كما قرر في محله .

٥) مبنى على اشتراط العلم بمقدار الجعل والظاهر انه لادليل عليه سيما مع انتفاء الغرر الذي هو عبارة عن الخطر ومن الظاهر ان الجهالة لاتستلزم الخطر فلاحظ.

كتاب الدين

(مسألة ١) : يكره الدين مع القدرة[١] ولو استدان وجبت نية القضاء[٢]

١) قد جعل صاحب الوسائل قدس سره اول أبواب كتاب الدين خاصاً بالنصوص الدالة عليها وسماه بباب كراهته مع الغنى عنه ومن تلك النصوص ما رواه السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله اياكم والدين فانه شين الدين (* ١) .

٢) وهو المشهور كما في بعض الكلمات وتؤيد المدعى جملة من النصوص منها ما رواه عبدالغفار الجازي عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن رجل مات وعليه دين قال : ان كان أتى على يديه من غير فساد لم يؤاخذه الله اذا علم من نيته الا من كان لايريد أن يؤدي عن امانته فهو بمنزلة السارق (* ٢) .

ومنها : ما رواه ابن فضال عن بعض اصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام قال من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق (* ٣) ومنها ما رواه أبو خديجة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ايما رجل أتى رجلا فاستقرض منه مالا وفي نيته أن لايؤديه فذلك اللص العادي (* ٤) .

ويمكن أن يقال : ان نية الأداء وجوبها على طبق القاعدة الأولية ولا يحتاج الى دليل خاص اذ الدين ملك الغير في الذمة ولا اشكال في وجوب ادائه عند

١) الوسائل الباب ١ من أبواب الدين الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٥ من أبواب الدين الحديث : ١

٣) نفس المصدر الحديث : ٢

٤) الوسائل الباب ٥ من أبواب الدين الحديث : ٥

والاقراض افضل مـن الصدقة [١] ويحرم اشتراط زيادة في القدر أو الصفة على المقترض [٢] لكن الظاهر ان القرض لايبطل بذلك

المطالبة فعدم نية القضاء معناه عدم نية الاتيان بالواجب الالهي وهذا نحو من التجري على المولى الا أن يقال هذا المقدار لايقتضي الوجوب الشرعي والكلام في المقام في الوجوب الشرعي .

١) لاحظ ما رواه محمد بن حباب القماط عن شيخ كان عندنا قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: لأن أقرض قرضاً احب الي من أن أتصدق بمثله وكان يقول : من أقرض قرضاً وضرب له اجلا فلم يؤت به عند ذلك الأجل كان له مـن الثواب فـي كل يوم يتأخر عـن ذلك الاجل بمثل صدقة دينار واحد في كل يوم (* ١) .

٢) قال في الحدائق : « لاخلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم في تحريم اشتراط النفع في القرض بل نقل بعض محققي متأخر المتأخرين اجماع المسلمين على ذلك » (* ٢) .

ولا يبعد أن يكون حرمة القرض الربوي من الواضحات التي لامجال للشك فيها ويدل على المدعى من النصوص ما رواه ابن غياث عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الربا رباءان: احدهما: رباحلال والاخر حرام فأما الحلال فهو أن يقرض الرجل قرضاً طمعاً أن يزيده ويعوضه بأكثر مما اخذه بلاشرط بينهما فان اعطاه اكثر مما اخذه بلاشرط بينهما فهو مباح له وليس له عندالله ثواب فيما اقرضه وهو قوله عزوجل: « فلا يربو عندالله » وأما الربا الحرام فهو الرجل يقرض قرضاً ويشترط أن يرد اكثر

---

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الدين الحديث : ١

٢) الحدائق ج ٢٠ ص ١١٠

بل يبطل الشرط فقط[١] ويحرم اخذ الزيادة[٢] ولافرق بين أن تكون الزيادة راجعة الى المقرض وغيره فلوقال اقرضتك ديناراً بشرط أن تهب زيداً أو تصرف في المسجد أوالماتم درهماً لم يصح[٣] وكذا

مما اخذه فهذا هو الحرام (* ١) .

١) مقتضى بعض نصوص الباب فساد القرض بالشرط لاحظ ماروواه ابن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً قال : لايصلح اذا كان قرضاً يجر شيئاً فلايصلح قال : وسألته عن رجل يأتي حريفه وخليطه فيستقرض منه الدنانير فيقرضه ولولا أن يخالطه ويحارفه ويصيب عليه لم يقرضه فقال : ان كان معروفاً بينهما فلابأس وان كان انما يقرضه من أجل أنه يصيب عليه فلايصلح (*٢) ولاحظ ما رواه علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: وسألته عن رجل اعطى رجلا مأة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل اوأكثر قال : هذا الربا المحض (* ٣) .

٢) بلا اشكال ولاكلام فانه مع فساد الشرط يكون عدم الحلية والجواز على طبق القاعدة الأولية مضافاً الى دلالة النصوص على المدعى لاحظ ما رواه خالد بن الحجاج قال : سألته عن رجل كانت لي عليه مائة درهم عدداً قضانيها مائة درهم وزناً قال : لابأس به مالم يشترط قال وقال : جاء الربا من قبل الشرط وانما تفسده الشروط (* ٤) .

٣) لاطلاق بعض النصوص المقتضي لفساد مطلق الشرط لاحظ ما رواه ابن

---

١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب الربا الحديث : ١
٢) الوسائل الباب ١٩ من أبواب الدين الحديث : ٩
٣) نفس المصدر الحديث : ١٨
٤) التهذيب ج ٧ ص ١١٢ الحديث : ٨٩

اذا اشترط أن يعمر المسجد أو يقيم المأتم أو نحو ذلك مما لوحظ فيه المال فانه يحرم[١] ويجوز قبولها مطلقاً من غير شرط[٢] كما يجوز اشتراط ما هو واجب على المقترض مثل أقرضتك بشرط أن تؤدي زكاتك أو دينك مما كان مالا لازم الاداء وكذا اشتراط مالم يلحظ فيه المال مثل أن تدعو لي أو تدعو لزيد أو تصلي أنت أو تصوم من غير فرق بين أن ترجع فائدته للمقرض أو المقترض وغيرهما فالمدار في المنع ما لوحظ فيه المال ولم يكن ثابتاً بغير القرض فيجوز شرط غير ذلك[٣] ولو شرط موضع التسليم لزم[٤]

شعيب (* ١) .

١) للاطلاق .

٢) لعدم المقتضي للحرمة مضافاً الى جملة من النصوص الدالة على الجواز منها ما رواه ابن غياث (* ٢) ومنها غيره من النصوص المذكور في الوسائل في الباب ١٩ من الدين فلاحظ .

٣) مقتضى اطلاق قوله عليه السلام في حديث ابن شعيب (* ٣) « اذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح » عدم جواز مطلق الشرط ولعل كلام الماتن مبتن على وجه غير ظاهر عندي وبعبارة اخرى مقتضى الاطلاق هي الحرمة والله العالم .

٤) لجملة من النصوص منها ما رواه يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت : يسلف الرجل الورق على أن ينقدها اياه بارض اخرى ويشترط عليه

---

١) لاحظ ص : ١٩٣

٢) لاحظ ص : ١٩٢

٣) لاحظ ص : ١٩٣

وكذا اذا اشترط الرهن[1]

ذلك قال : لابأس (* ١) .

ومنها ما رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: لابأس بأن يأخذ الرجل الدراهم بمكة ويكتب لهم سفاتج أن يعطوها بالكوفة (* ٢) .

ومنها ما رواه ابان يعني ابن عثمان أنه قال يعني أباعبدالله عليه السلام في الرجل يسلف الرجل الدراهم ينقدها اياه بارض اخرى قال : لابأس به (* ٣) .

ومنها ما رواه اسماعيل بن جابرعن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت: يدفع الى الرجل الدراهم فاشترط عليه أن يدفعها بارض اخرى سوداً بوزنها وأشترط ذلك عليه قال : لابأس (* ٤) .

ومنها ما رواه يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يسلف الرجل الورق على أن ينقدها اياه بأرض اخرى ويشترط ذلك قال: لابأس (*٥) .

فان مقتضى النصوص المشار اليها جواز الشرط المذكور ونفوذه .

١) مقتضى اطلاق بعض النصوص عدم الجواز الا أن يتم المدعى بالسيرة بدعوى جريانها على اشتراط الرهن بلانكير بل يدل على المدعى قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة (* ٦) فان المستفاد من الاية الشريفة انه يجوز الدين باشتراط الرهن .

ويؤيد المدعى ما رواه عباس بن عيسى قال : ضاق علي بن الحسين عليهما السلام ضيقة فأتى مولى له فقال : اقرضني عشرة آلاف درهم الى ميسرة فقال : لا

---

١) الوسائل الباب ١٤ من أبواب الصرف الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

٣ و٤ و٥) نفس المصدر الحديث ٤ و٥ و٦

٦) البقرة/٢٨٣

ولو شرط تاجيله في عقد لازم صح ولزم الاجل[1]

لأنه ليس عندي ولكني أريد وثيقة قال: فنقف (فشق) له من ردائه هدبة فقال: هذه الوثيقة قال: فكان مولاه كره ذلك فغضب الى أن قال: فأخذها الرجل منه واعطاه الدرهم وجعل الهدبة في حق فسهل الله عزوجل له المال فحمله الى الرجل ثم قال له: قد احضرت مالك فهات وثيقتي فقال له: جعلت فداك ضيعتها فقال اذا لا تأخذ مالك مني ليس مثلي من يستخف بذمته قال: فاخرج الرجل الحق فاذا فيه الهدبة فاعطاها علي بن الحسين عليهما السلام فاعطاه علي بن الحسين عليهما السلام الدراهم واخذ الهدبة فرمى بها وانصرف (* ١).

١) يمكن أن يستفاد المدعى من جملة من النصوص منها ما رواه مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن رجل له مال على رجل من قبل عينة عينها اياه فلما حل عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه فأراد أن يقلب عليه ويربح أيبيعه لؤلؤاً أوغير ذلك ما يسوي مأة درهم بألف درهم ويؤخره به؟ قال: لابأس بذلك قد فعل ذلك أبي رضي الله عنه وأمرني أن افعل ذلك في شيء كان عليه (* ٢)

ومنها ما رواه محمد بن اسحاق قال قلت لأبي الحسن عليه السلام: يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني بها وأنا اربحك فابيعه جبة تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين ألفاً وأؤخره بالمال قال: لابأس (* ٣).

ومنها ما رواه عبدالملك بن عتبه قال: سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال أو يكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب مني مالا أزيده على مالي الذي لي عليه أيستقيم أن ازيده مالا وأبيعه لؤلؤة تسوي مأة درهم بألف درهم فأقول أبيعك هذه

---

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الدين الحديث: ٤

٢) الوسائل الباب ٩ من أبواب احكام العقود الحديث ٣

٣) نفس المصدر الحديث: ٤

بل الظاهر جواز اشتراط الاجل في عقد القرض نفسه[١] .

(مسألة ٢) : كل ما ينضبط وصفه وقدره صح قرضه[٢]

اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخرك بثمنها وبمالي عليك كذا وكذا شهراً ؟ قال : لابأس (* ١) .

ومنها ما رواه محمد بن اسحاق بن عمار قال : قلت للرضا عليه السلام : الرجل يكون له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوي مأة درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال الى وقت قال : لابأس به قد أمرني أبي ففعلت ذلك وزعم انه سأل أبا الحسن عليه السلام عنها فقال مثل ذلك (*٢) .

فان المستفاد من هذه الروايات ان شرط التأجيل جايز في ضمن عقد البيع

١) ويدل على المدعى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل (* ٣) .

٢) بلا اشكال ولاكلام وتقتضيه النصوص الدالة على مشروعية الدين والقرض وانما الكلام والاشكال فيما اذا لم يكن كذلك فان تم اجماع على عدم الجواز فهو والا يكون مقتضى القاعدة هو الجواز لاطلاق الأدلة لاحظ ما رواه ابن علوان عن جعفر عن ابيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من طلب رزقاً حلالا فاغفل فليستدن على الله وعلى رسوله صلى الله عليه وآله (* ٤) .

ويؤيد المدعى ما ورد في جواز قرض الخبز والجوز مع التفاوت منها ما رواه الصباح بن سيابة قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ان عبدالله بن أبي يعفور أمرني أن اسالك قال : انا نستقرض الخبز من الجيران فنرد اصغرمنه اواكبر فقال

---

١) نفس المصدر الحديث : ٥

٢) نفس المصدر الحديث : ٦

٣) البقرة / ٢٨٢

٤) الوسائل الباب ٢ من أبواب الدين الحديث : ١٠

وذو المثل يثبت في الذمة مثله[١] وغيره قيمته وقت القرض[٢].

(مسألة ٣) : اذا اقرض انسان عيناً فقبل المقترض لم يرجع في القرض وطالب بالعين لايجب اعادة العين بدون اختيار المقترض[٣]

عليه السلام: نحن نستقرض الجوز الستين والسبعين عدداً فيكون فيه الكبيرة والصغيرة فلا بأس (* ١).

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام : استقرض الرغيف من الجيران ونأخذ كبيراً ونعطي صغيراً ونأخذ صغيراً ونعطي كبيراً قال : لابأس (*٢) ومنهاما عن غياث عن جعفر عن ابيه قال: لابأس باستقراض الخبز(*٣).

١) فانه مقتضى القاعدة الأوليةفان القرض جعل المقترض ضامناً ومن الظاهر انه لايكون ضامناً لنفس العين فيكون ضامناً لمثله .

٢) قال في الجواهر : « والمشهور نقلا وتحصيلا انه يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم » (*٤) والذي يختلج بالبال أن يقال : يثبت المثل في القيمي أيضاً فان القرض قسم من الضمانات وقد اخترنا في باب ضمان القيمي ان الثابت في الذمة هو المثل كضمان المثلي وعليه يكون المناط بوقت الدفع نعم في باب الغصب التزمنا بكون الميزان بيوم الغصب بواسطة حديث أبي ولاد حيث قال عليه السلام « قيمة بغل يوم خالفته » (* ٥).

٣) تارة يقع البحث فيما هو مقتضى القاعدة واخرى فيما تقتضيه الشهرة أو

---

١) الوسائل الباب ٢١ من أبواب الدين الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

٣) نفس المصدر الحديث : ٣

٤) الجواهر ج ٢٥ ص : ١٩

٥) الوسائل الباب ١٧ من الاجارة الحديث : ١

(مسألة ٤) : لايتاجل الدين الحال[1] الا باشتراطه في ضمن عقد لازم[2] ويصح تعجيل المؤجل باسقاط بعضه[3] ولا يصح تاجيل الحال باضافة شيء[4] .

(مسألة ٥) : لوغاب الدائن وانقطع خبره وجب على المستدين نية القضاء[5]

الاجماع فنقول مقتضى القاعـدة الأولية رجوع نفس العين الى ملك المقرض اذ على القول بجواز عقد القرض ذاتاً اوعرضاً ينفسخ بالفسخ ويرجع كل من العوضين الى ملك من كان في ملكه وأما البحث من الحيثية الثانية فربما يقال كما في الجواهر بأن مقتضى الاستصحاب بقاء العين فـي ملك المقترض وعدم خروجه عـن ملكه بالفسخ .

وفيه : اولا ان الاستصحاب لايجري في الأحكام الكلية وثانياً انه لاتصل النوبة الى الاستصحاب بعد كون الرجوع مقتضى الفسخ وأفاد صاحب الجواهر بأن بقائه في ملكه اشهر بل مشهور بل مورد اجماع المتأخرين فان تم اجماع تعبدي كاشف فهو والا يشكل الحكم بالبقاء بعد الفسخ فلاحظ .

١) اذ التأجيل لايمكن الا مع المقتضي وبدونه لاوجه له .

٢) فانه قد علم من النصوص جوازه وقد تقدم .

٣) اذ الحق قابل للاسقاط كما هو ظاهر .

٤) لكونه مصداقاً للربا المحرم فلا يجوز .

٥) اجماعاً محكياً ان لم يكن محصلا هكذافي الجواهر- ويدل على المدعى ما رواه زرارة قال : سألت أبـا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لايقدر على صاحبه ولا على ولي له ولا يدري بأي أرض هو قـال : لاجناح عليه

والوصية عند الوفاة [١] فان جهل خبره ومضت مدة يقطع بموته فيها وجب تسليمه ورثته [٢] ومع عدم معرفتهم يتصدق بـه عنهم [٣] ويجوز تسليمه الى الورثة مع انقطاع خبره بعد مضي عشر سنين وان لم يقطع بموته [٤] بل يجوز ذلك بعد مضي اربع سنين من غيبته اذا فحص عنه

بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء (* ١) .

١) فانها من طرق الايصال فتجب وتدل على المدعى رواية هشام بن سالم قال: سأل خطاب الأعور أبا ابراهيم عليه السلام وأنا جالس فقال : انـه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالاجرة ففقدناه وبقي من أجره شيء ولا يعرف له وارث قال : فاطلبوه، قال قد طلبناه فلم نجده قال فقال: مساكين وحرك يده قال:فاعاد عليه قال: اطلب واجهد فان قدرت عليه والافهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حادث فأوص به ان جاء لها طالب أن يدفع اليه (* ٢) .

وربما يقال بوجوب العزل عند الموت وادعي عليه الاجماع فان ثبت اجماع تعبدي فهو والا فللاشكال فيه مجال لعدم الدليل عليه فلاحظ .

٢) اذ المفروض ان المالك ورثته فيجب اعطائهم .

٣) كما هو المقرر عندهم من التصدق بالمال الذي يكون مجهول المالك ولنا في هذا المقام كلام تعرضنا له في مسئلة (٣٩) من المكاسب المحرمة .

٤) لم يظهر وجهه وما ارسله يونس عن أبي عبدالله عليه السلام قال: من اخذت منه ارض ثم مكث ثلاث سنين لا يطلبها لم يحل له بعد ثلاث سنين أن يطلبها (*٣) قاصر عن اثبات المدعى سنداً ودلالة .

---

١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الدين الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب ميراث الخنثى الحديث : ١

٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب احياء الموات الحديث : ٢

في هذه المدة[١] .

(مسألة ٦) : لو اقتسم الشريكان الدين لم يصح بل الحاصل لهما والتالف منهما[٢]

---

١) يمكن أن الوجه في نظر الماتن فيما أفاده الى ما ورد في باب المرئة المفقود زوجها حيث تؤجل اربع سنين على تفصيل مذكور في باب الطلاق بتقريب انه اذا كان الطلاق جايزاً بعد المدة مع الفحص يجوز اعطاء ما تركه للورثة بطريق أولى وهو كما ترى والله العالم بحقايق الاشياء .

٢) لجملة من النصوص منها ما رواه أبو حمزة قال سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما فاقتسما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقتضى احدهما ولم يقتض الاخر قال : ما اقتضى احدهما فهو بينهما ما يذهب بماله (* ١) .

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي للاخر أيرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله (* ٢) .

ومنها ما رواه غياث بن ابراهيم عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آبائه عن علي عليه السلام في رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما فاقتسما الذي بايديهما واحتال كل واحد منهما بنصيبه فقبض احدهما ولم يقبض الاخر فقال: ما قبض احدهما فهو بينهما وما ذهب فهو بينهما (* ٣) .

ومنها ما رواه سليمان بن خالد قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين

---

١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الشركة الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الضمان الحديث : ١

(مسألة ٧) : يصح بيع الدين بالحاضر وان كان اقل منه اذا كان من غير جنسه أولم يكن ربويا[١] ولا يصح بدين مثله اذا كان ديناً قبل العقد[٢]

كان لهما مال بايديهما ومنه متفرق عنهما فاقتسما بالسوية ما كان في ايديهما وما كان غائباً عنهما فهلك نصيب أحدهما مما كان غائباً واستوفى الاخر عليه أن يرد على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله (* ١) .

وفي المقام حديث لعلي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفرعليهما السلام قال سألته عن رجلين اشتركا في السلم أيصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا ؟ قال لابأس به (* ٢) ، يستفاد منه الجواز فيقع التعارض بين الجانبين ولا يبعد أن يكون الترجيح بمخالفة القوم مع دليل الجواز حيث لايستفاد من كلماتهم الجواز مضافاً الى كونه احدث هذا ما خلج ببالي القاصر في هذه العجالة والله العالم .

١) لعدم ما يقتضي الفساد ومقتضى ادلة صحة البيع جوازه .

٢) قال في الحدائق : «الظاهر انه لاخلاف بينهم في تحريم بيع الدين بالدين ويدل على ذلك من طريق الخاصة رواية طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لايباع الدين بالدين (*٣) ومن طريق العامة ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله لايجوز بيع الكالي بالكالي » الخ (* ٤) ولكن الحديثين مخدوشان سنداً الا أن يتم الامر بعدم الخلاف والتسالم والله العالم .

---

١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الدين الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

٣) الحدائق : ج ـ ٢٠ ص : ٢٠١

٤) الكافي ج ٥ ص : ١٠٠

ولافرق في المنع بين كونهما حالين ومؤجلين ومختلفين [1] ولوصار ديناً بالعقد بطل في المؤجلين على الاحوط [2] وصح في غيرهما [3] ولو كان احدهما ديناً قبل العقد والاخر ديناً بعدالعقد صح الافي بيع المسلم فيه قبل حلوله فانه لايجوز بيعه من غير بائعه مطلقاً ويجوز بيعه من غير بائعه بعد حلوله ومن بائعه مطلقاً على تفصيل تقدم[4] .

(مسألة ٨) : يجوز للمسلمقبض دينه من الذمي من ثمن ما باعه من المحرمات[5]

---

١) للاطلاق .

٢) لايبعد أن يكون ناظراً الى ما رواه منصوربن‌حازم قال: سألت اباعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل طعام او بقر او غنم او غير ذلك‌فاتى المطلوب الطالب ليبتاع منه شيئاً قال : لايبيعه نسياً فاما نقداً فليبعه بماشاء (*١)

فان بيع شيء مؤجلا لامانع منه لامن‌طرف المبيع ولا من‌قبل الثمن فلايبعد ان يكون المراد من الحديث النهى من التاجيل من ناحية المبيع والثمن كليهما لكن لايبعد أن يكون المستفاد من الحديث التاجيل من ناحية الثمن ولم يظهر لي وجه بناء المسئلة على الاحتياط .

٣) كما هو مقتضى ادلة صحة البيع لكن يمكن أن يقال ان مقتضى حديث منصور عدم جواز بيع الدين بالدين مع كون التاجيل في الثمن فقط فلاحظ .

٤) راجع ما ذكرناه هناك شرحاً لما افاده .

٥) لجملة من الروايات منها ما رواه داود بن سرحان قال : سألت ابا عبدالله

---

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب احكام العقود الحديث : ٨

ولو اسلم الذمي بعد البيع لم يسقط استحقاقه المطالبة بالثمن[1]

عليه السلام عن رجل كانت له على رجل دراهم فباع خنازير او خمراً وهو ينظر فقضاه قال : لاباس اما للمقضي فحلال واما للبايع فحرام (* ١) .

ومنها ما رواه منصور قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر والخنزير وانا حاضر فيحل لي اخذها فقال : انما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك (* ٢) .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمراً وخنازير وهو ينظر فقضاه فقال : لاباس به اما للمقضي فحلال واما للبايع فحرام (* ٣) .

ومنها ما رواه زرارة عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون لي عليه الدراهم فيبيع بها خمراً وخنزيراً ثم يقضي منها قال:لاباس اوقال: خذها (*٤).

ومنها ما رواه محمد بن يحيى الخثعمي قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لنا عليه الدين فيبيع الخمر والخنازير فيقضينا فقال : لاباس به ليس عليك من ذلك شيء (* ٥) .

ومنها ما رواه أبو بصير قال: سالت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل مال فيبيع بين يديه خمراً وخنازير ياخذ ثمنه قال: لابأس (* ٦) .

١) لعدم ما يقتضي السقوط وبعبارة اخرى المفروض صيرورة الثمن ملكاً له

---

١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب الدين

٢) الوسائل الباب ٦٠ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

٣) نفس المصدر الحديث : ٢

٤ و٥) نفس المصدر الحديث : ٣ و٤

٦) نفس المصدر الحديث : ٥

وليس للعبد الاستدانة بدون اذن المولى[١] فان فعل يضمن العين فيرد ما اخذ ولو تلفت ففي ذمته مثله أو قيمته[٢] ولو اذن المولى له لزمه دون المملوك[٣] وان اعتق[٤] وغريم المملوك احد غرماء المولى[٥]

بالبيع ومقتضى القاعدة الأولية بقائه في ملكه ويؤيد المدعى ما رواه يونس في مجوسي باع خمراً او خنازير الى اجل مسمى ثم اسلم قبل أن يحل المال قال: له دراهمه (* ١).

١) لأنه محجور عليه وانه لايقدر على شيء.

٢) اذ المفروض ان يده يد ضمان فيضمن ولازم الضمان رد العين مع بقائها وثبوت المثل او القيمة مع تلفها على ما هو المقرر.

٣) لاحظ ما رواه أبو بصير عن ابي جعفر عليه السلام قال: قلت له: رجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال: ان كان اذن له أن يستدين فالدين على مولاه وان لم يكن اذن له يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد في الدين (* ٢).

٤) للاطلاق.

٥) لايبعد أن يكون الوجه فيه ان دينه لازم للمولى ويدل على المدعى ما رواه زرارة قال: سألت ابا عبدالله (أباجعفر) عليه السلام عن رجل مات وترك عليه ديناً وترك عبداً له مال في التجارة وولداً وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانه العبد في حياة سيده في تجارة «تجارته» وان الورثة وغرماء الميت اختصموا فيما في يد العبد من المال والمتاع وفي رقبة العبد فقال: ارى ان ليس للورثه سبيل على رقبة العبد ولا على ما في يده من المتاع والمال الا أن يضمنوا دين الغرماء

---

١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٢ حديث : ١٣

٢) الكافي ج ٥ ص ٣٠٣ حديث : ٣

ولواذن له في التجارة فاستدان لها الزم المولى مع اطلاق الاذن[١] والاتبع به بعد العتق[٢] .

كتاب الرهن

ولا بد فيه من الايجاب والقبول من أهله[٣] وفي اشتراط الاقباض اشكال اقواه ذلك[٤] ويشترط فيه أن يكون المرهون عيناً مملوكة يمكن

جميعاً فيكون العبد وما في يده من المال للورثه فان أبوا كان العبد ومافي يده للغرماء يقوم العبد وما في يديه من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص فان عجز قيمة العبد وما في يديه عن اموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقي لهم ان كان الميت ترك شيئاً قال قال : وان فضل من قيمة العبد وما كان في يديه عن دين الغرماء رده على الورثة (* ١) .

١) لحديث ابي بصير المقتضي لكون الاذن في الاستدانه موجباً لضمان المولى واطلاق الاذن يقتضي الاذن في الاستدانه فلاحظ .

٢) لعدم ما يقتضي الرجوع الى المولى وحديث ابي بصير يقتضي أن يستسعى والجمع بين الحقين أن يتبع به بعد العتق والله العالم .

٣) قال في الجواهر : « لاريب في أنه يفتقر الى الايجاب والقبول » الخ والأمر كما أفاده فان العقد يتوقف على الايجاب والقبول والمفروض ان الرهن من العقود .

٤) يمكن الاستدلال على المدعى بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى

---

١) الوسائل الباب ٣١ من ابواب الدين الحديث : ٥

قبضها[١] ويصح بيعها[٢] وأن يكون الرهن على حق ثابت في الذمة عيناً كان أومنفعة[٣] ويقف رهن غير المملوك له على اجازة مالكه[٤] واوضم مملوك غيره الى مملوكه فرهنهما لزم الرهن في ملكه وتوقف

«فرهان مقبوضة» (*١) بتقريب ان المستفاد من الاية الشريفة انه لايترتب الأثر على الرهن الا بالقبض وبعبارة اخرى المستفاد من الاية الشريفة ان الأثر المقصود لايترتب الا على المقبوض منه واما السنة فروايه محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال : لارهن الا مقبوضاً (* ٢) .

١) على المشهور نقلا وتحصيلا بل ربما استشعر من عبارتي السرائر والغنية الاجماع عليه ـ هكذا في الجواهر ـ ويمكن الاستدلال على المدعى بانصراف الأدلة الى العين بل يمكن تقريب المدعى بأن صدق هذا المفهوم على الدين اول الكلام والاشكال ومع الشك في الصدق لامجال للأخذ بالدليل كما هو المقرر عند القوم فلاحظ .

٢) اذ مع عدم صحة البيع لايتحقق عنوان الوثاقة والحال ان الرهن وثيقة للدين .

٣) بلا خلاف اجده بيننا بل في التذكرة وجامع المقاصد الاجماع عليه بل ولااشكال ـ هكذا في الجواهر ـ ويمكن الاستدلال على المدعى بعدم صدق المفهوم لو لم يكن على أمر ثابت بل الشك في الصدق يكفي كما مر قريباً في نظيره وعلى الجملة موضوع الرهن الأمر الثابت في الذمة فلا يعقل تحققه قبل موضوعه .

٤) بناءاً على صحة الفضولي بالاجازة كما هو المقرر .

---

١) البقرة/٢٨٤

٢) الوسائل الباب ٣ من احكام الرهن الحديث : ١

في الضميمة على اجازة مالكها[١] ويلزم الرهن من جهة الراهن[٢] ورهن الحامل ليس رهناً للحمل وان تجدد[٣] وفوائد الرهن للمالك[٤]

---

١) كما هو ظاهر فان تصرف المالك نافذ في ملكه وأما التصرف الصادر من الفضولي فيتوقف صحته على الاجازة كما هو المقرر في محله .

٢) ادعي عليه عدم الخلاف بل ادعي عليه الاجماع ويدل على المدعى عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود (* ١) فان الأمر بالوفاء ارشاد الى لزوم العقد .

٣) لعدم المقتضي للدخول بل دخوله وعدمه تابعان للقصد ولا فرق في هذه الجهة بين التجدد وعدمه والاجماع المدعى على الدخول يوهن كما في الجواهر لمصير كثير من الاصحاب الى خلافه اذ القول بعدم التبعية للمبسوط والخلاف ونكت النهاية للمصنف والتحرير والتذكره والارشاد والمختلف ، والايضاح ، والتنقيح ، وجامع المقاصد ، والروضة، ومجمع البرهان، والكفاية على ماحكي عن بعضها ومال اليه في المسالك وحكاه في الدروس عن المصنف في درسه بل قد يظهر من التذكرة الاجماع عليه بل في زكاة الخلاف دعواه صريحاً قال : « اذا رهن جارية أوشاة فحملتا بعد الرهن كان الحمل خارجاً باجماع الفرقة» (* ٢) الى آخر كلامه رفع في علو مقامه .

وعلى الجملة لادليل على التبعية على الاطلاق ومقتضى الأصل عدم الدخول اذ المفروض عدم تعلق القصد واصالة تسلط المالك على ملكه بحالها .

٤) بلا خلاف ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكي منهما مستفيض كالنصوص بل يمكن دعوى ضرورة المذهب بل الدين عليه ـ هكذا في الجواهر (* ٣) وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه ابن سنان يعني عبدالله عن أبي

---

١) المائدة/١

٢) الجواهر ج ٢٥ ص : ٢٣٠

٣) نفس المصدر ج ٢٥ ص : ٢٢٩

والرهن على احد الدينين ليس رهناً على الاخر [١] ولو استدان آخر وجعل الرهن على الاول رهنا عليهما صح [٢] وللولي الرهن مع مصلحة

عبدالله عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام في كل رهن له غلة ان غلته تحسب لصاحب الرهن مما عليه (*١).

ومنها ما رواه اسحق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث انه سأله عن رجل ارتهن داراً لها غلة لمن الغلة ؟ قال : لصاحب الدار (*٢).

ومنها ما رواه ابو العباس عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: وقضى في كل رهن له غلة ان غلته تحسب لصاحبه عليه (* ٣).

ومنها ما رواه ابراهيم الكرخي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل رهن بماله ارضاً أو داراً لها غلة كثيرة فقال على الـذي ارتهن الأرض والدار بماله أن يحتسب لصاحب الأرض والدار ما اخذه من الغلة ويطرحه عنه من الدين له (*٤)

ومنها ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : ان رهن رجل أرضاً فيها ثمرة فان ثمرتها من حساب ماله وله حساب ما عمل فيها وانفق منها فاذا استوفى ماله فليدفع الأرض الى صاحبها (* ٥).

١) كما هو ظاهر واضح لعدم المقتضي لذلك فلاحظ .

٢) لوجود المقتضي وعدم المانـع وادعي عدم الخلاف فيه بل ادعي الاجماع

---

١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الرهن الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث : ٤

٤) نفس المصدر الحديث : ٥

٥) نفس المصدر الحديث : ٦

المولى عليه(١) والمرتهن ممنوع من التصرف بغير اذن الراهن(٢)

بقسميه عليه كما في الجواهر (* ١).

١) فان الولي له التصرف في مال اليتيم مع المصلحة على ما هو المقرر في محله ولا فرق في جواز التصرف بين اقسامه فلاحظ.

٢) لحرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه ويؤكد المدعى ما عن النبي صلى الله عليه و آله انه قال: «الراهن والمرهون ممنوعان من التصرف في الرهن(*٢).

وفي المقام رواية لأبي ولاد قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهناً بماله أله أن يركبه قال: فقال: ان كان يعلفه فله أن يركبه وان كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه (* ٣).

ومقتضى هذه الرواية جواز ركوب الدابة والبعير بشرط التعليف وقريب منها ما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن آبائه عن علي عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله: الظهر يركب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يركبه نفقته والدر يشرب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يشرب نفقته (* ٤).

وقال صاحب الحدائق: «والاصحاب حملوهما على ما اذا اذن له الراهن في الانفاق مع تساوي الحقين وأنت خبير بما فيه من البعد عن سياق الخبرين سيما الأول لأن السائل سئله عن الرجل يأخذ الدابة أوالبعير أله أن يركبه يعني من غير اذن الراهن والا فمع الاذن لامعنى للسئوال بالكلية» (* ٥) الى آخر كلامه.

---

١) الجواهر ج ٢٦ ص: ١٥٤

٢) مستدرك الوسائل الباب ١٧ من ابواب الرهن الحديث: ٦

٣) الوسائل الباب ١٢ من ابواب الرهن الحديث: ١

٤) نفس المصدر الحديث: ٢

٥) الحدائق ج ٢٠ ص: ٢٦٢

ولابأس بتصرف الراهن في المرهون تصرفاً لاينافي حق الرهانة[١] ولايجوز له التصرف المنافي من دون اذن المرتهن[٢] وتقدم حكم بيع الراهن العين المرهونة مع علم المشتري وجهله في شروط العوضين[٣] ولوشرط المرتهن في عقد الرهن استيفاء منافع العين في مدة الرهن مجاناً فان لم يرجع ذلك الى الاشتراط في القرض أوفي تاجيل الدين صح وكذلك ما لوشرط استيفاءها بالاجرة مدة واذا صح الشرط لزم العمل به الى نهاية المدة[٤]

وقبل أسطر (*١) نقل كلام الشيخ قدس سره في النهاية حيث قال: «وقال الشيخ في النهاية: واذا كان الرهن دابة فركبها المرتهن كانت نفقتها عليه وكذلك ان كانت شاة شرب لبنها كانت عليه نفقتها واذا كان عند الانسان دابة أو حيوان رهناً فان نفقتها على الراهن دون المرتهن فان انفق المرتهن عليها كان له ركوبها والانتفاع بها أو الرجوع على الراهن بما انفق» الخ.

والظاهر ان ما أفاده صاحب الحدائق من الاستبعاد في محله وان ما أفاده الشيخ قدس سره من نهاية موافق لحديث أبي ولاد وأما الحديث الاخر فلااعتبار به سنداً والله العالم.

١) كتزويج العبد وتعليمه وتقبيل الجارية وأمثالها اذ لامقتضي للمنع.

٢) بلا خلاف كما في الحدائق مضافاً الى أن عدم الجواز مع فرض التنافي من الواضحات بحيث لايحتاج الى الاستدلال فلاحظ.

٣) فراجع ما ذكرناه هناك ولا نعيد.

٤) اذ مع عدم استلزامه الرباء لامانع منه في حد نفسه فيصح اشتراطه

---

*١) لاحظ المصدر ص: ٢٦١

وان برئت ذمة الراهن من الدين(١) ولوشرط في عقد الرهن وكالة المرتهن أوغيره في البيع لم ينعزل مادام حياً(٢) ولوأوصى اليه لزم(٣) وحق الرهانة موروث(٤) والمرتهن امين لايضمن بدون التعدي(٥)

ويلزم .

١) اذ الشرط في ضمن العقد يلزم فلابد من رعايته الى نهاية امده ولا وجه لربطه بالرهن بقاءاً كما هو ظاهر لمن له خبرة بالصناعة .

٢) فان الوكالة تلزم بالشرط في ضمن العقد .

٣) لنفوذ الوصية عند اجتماع شرائطها .

٤) كبقية الحقوق فان الحقوق تورث كالأموال نعم لااشكال في عدم قابلية الارث بالنسبة الى بعض الحقوق فلاحظ ولنا اشكال في ارث الحقوق تعرضنا له في ارث الخيار فراجع .

٥) قال في الجواهر في هذا المقام (* ١) بلاخلاف أجده فيه بيننا بل ظاهر كشف الحق وغيره الاجماع عليه بل عن الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة والمفاتيح دعواه صريحاً الخ .

وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه جميل بن دراج قال قال: أبو عبدالله عليه السلام في رجل رهن عند الرجل رهناً فضاع الرهن قال : هو من مال الراهن ويرجع المرتهن عليه بماله (* ٢) .

ومنها ما رواه ابان بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في الرهن : اذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع بحقه على الراهن فاخذه وان استهلكه ترادا الفضل بينهما (* ٣) .

---

١) الجواهر ج ٢٥ ص: ١٧٤

٢ و٣) الوسائل الباب ٥ من ابواب الرهن الحديث ١ و٢

. . . .

ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يرهن عند الرجل الرهن فيصيبه توى أو ضياع قال : يرجع بماله عليه (* ١) .

ومنها ما رواه اسحق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام قال : قلت: الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شيء على من يكون نقصان ذلك ؟ قال: على مولاه قلت : ان الناس يقولون : ان رهنت العبد فمرض او انففأت عينه فاصابه نقصان من جسده ينقص من مال الرجل بقدرما ينقص من العبد قال: أرأيت لو ان العبد قتل « قتيلا » على من يكون جنايته ؟ قال : جنايته في عنقه (* ٢) .

ومنها ما رواه الحلبي في الرجل يرهن عند الرجل رهناً فيصيبه شيء أوضاع قال : يرجع بماله عليه (* ٣) .

ومنها ما رواه اسحق بن عمار قال : قلت لأبي ابراهيم عليه السلام الرجل يرهن الغلام والدار فتصيبه الافة على من يكون ؟ قال: على مولاه ثم قال: أرأيت لو قتل قتيلا على من يكون ؟ قلت هو في عنق العبد قال : ألا ترى فلم يذهب مال هـذا ثم قال : أرأيت لو كان ثمنه مأة دينار فزاد وبلغ مأتي دينار لمن كان يكون قلت: لمولاه قال :كذلك يكون عليه ما يكون له (* ٤) .

ومنها ما رواه ابان بن عثمان عمن اخبره عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في الرهن : اذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فاخذه فان استهلكه ترادا الفضل بينهما (* ٥) .

ومنها ما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا رهنت

---

١) نفس المصدر الحديث : ٣

٢) نفس المصدر الحديث : ٤

٣ و٤) نفس المصدر الحديث : ٥ و٦

٥) نفس المصدر الحديث : ٧

. . . .

عبداً أو دابة فمات فلا شيء عليك وان هلكت الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن(*١).

ومنها ما رواه ابان عن رجل عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل رهن عند رجل داراً فاحترقت او انهدمت قال : يكون ماله في تربة الأرض وقال في رجل رهن عنده مملوكة تجذم او رهن عنده متاع فلم ينشر المتاع ولم يتعاهده ولم يحركه فتأكل هل ينقص ماله بقدر ذلك ؟ قال : لا (*٢).

وجملة من النصوص تدل على ضمانه على الاطلاق منها ما رواه أبو حمزة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام : يترادان الفضل فقال : كان علي عليه السلام يقول ذلك قلت: كيف يترادان؟ فقال: ان كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه وان كان لا يسوي رد الراهن ما نقص من حق المرتهن قال: وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك (* ٣).

ومنها ما رواه ابن بكير قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام في الرهن فقال: ان كان اكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل الى صاحب الرهن وان كان اقل من ماله فهلك الرهن ادى اليه صاحبه فضل ماله وان كان الرهن سواء فليس عليه شيء (* ٤).

ومنها ما رواه عبدالله بن الحكم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل رهن عند رجل رهناً على ألف درهم والرهن يساوي الفين وضاع قال : يرجع عليه بفضل ما رهنه وان كان أنقص مما رهنه عليه رجع على الراهن بالفضل وان كان الرهن يسوي ما رهنه عليه فالرهن بما فيه (* ٥) وتقيد الاطلاقات بما يدل على عدم الضمان

---

١ و٢) نفس المصدر الحديث : ٨ و٩

٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب الرهن الحديث : ١

٤) نفس المصدر الحديث : ٣

٥) نفس المصدر الحديث : ٥

ويضمن معه لمثله ان كان مثليا[١] والا قيمته يوم التعدي[٢] والقول قوله مع يمينه في قيمته وعدم التفريط[٣] وقول الراهن في قدر الدين[٤] وهو أحق به من باقي الغرماء اذا صار الراهن مفلساً[٥]

وتحمل على صورة الافراط أو التفريط .

١) كما هو المقرر .

٢) لحديث أبي ولاد عن الصادق عليه السلام قيمة بغل يوم خالفته (* ١) الدال على أن الميزان والمعيار بيوم الغصب .

٣) لأنه موافق مع الأصل .

٤) الكلام فيه هو الكلام فان الأصل معه .

٥) ادعي عليه عدم الخلاف بل ادعي عليه الاجماع مضافاً الى جملة من النصوص الدالة على أن الرهن وثيقة للدين وفائدتها شرعاً وعرفاً استيفاء الدين منها.

منها ما رواه عبدالله بن سنان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلم في الحيوان والطعام ويرتهن الرجل بماله رهناً قال : نعم استوثق من مالك (*٢)

ومنها ما عن معاوية قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يسلم في الحيوان ويرتهن الرهن قال: لابأس تستوثق من مالك (*٣) ومثلهاما رواه محمد بن مسلم ويعقوب ابن شعيب (* ٤) .

وفي المقام حديثان احدهما ما رواه عبدالله بن حكم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أفلس وعليه دين لقوم وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم

---

١) الوسائل الباب ١٧ من الاجارة الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ١ من ابواب الرهن الحديث : ١

٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الرهن الحديث : ٩

٤) نفس المصدر الحديث : ٥ و٦

ولوفضل من الدين شييء شارك فى الفاضل[١] ولوفضل من الرهن وله دين بغير رهن تساوى الغرماء فيه[٢] ولوتصرف المرتهن بدون اذن الراهن ضمن[٣] وعليه الاجرة[٤] ولواذن الراهن فى البيع قبل الاجل فباع لم يتصرف فى الثمن الاباذن الراهن[٥] حتى بعد الاجل[٦] واذا

فمات ولا يحيط ماله بما عليه من الدين قال : يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص (* ١) .

ثانيهما ما رواه سليمان بن حفص المروزي قال كتبت الى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وعليه دين ولم يخلف شيئاً الا رهنا في يد بعضهم فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن أيأخذ بماله أو هو وساير الديان فيه شركاء ، فكتب عليه السلام : جميع الديان في ذلك سواء يتوزعونه بينهم بالحصص (* ٢) ، يستفاد خلاف المدعى منهما لكنهما ضعيفان سنداً .

١) كما هو مقتضى القاعدة اذ المفروض انه احد الغرماء فيشارك غيره في الفاضل .

٢) هذا ايضاً على طبق القاعدة الاولية في هذا الباب فلاحظ .

٣) اذ المفروض ان يده يد عدوان فيضمن على طبق القاعدة الأولية .

٤) بلا كلام اذ المفروض انه ليس له التصرف فتثبت عليه الاجرة الا على القول بالتفصيل الذي تقدم (* ٣) .

٥) اذ المفروض ان الثمن ملك للراهن فلا يجوز التصرف فيه الا باذنه .

٦) لأنه لايخرج عن ملكه بعد حلول الأجل .

---

١) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الرهن الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

٣) لاحظ ص : ٢١٠

لم يأذن في الاستيفاء حينئذ جاز للمرتهن الاستيفاء بلااذن[١] كما انه لولم يأذن في البيع حينئذ وامتنع من وفاء الدين جاز للمرتهن البيع والاستيفاء بلااذن[٢] والاحوط استحباباً مراجعة الحاكم الشرعي[٣] ولوخاف المرتهن جحود الوارث عند موت الراهن ولابينة جاز أن يستوفي من الرهن مما في يده[٤]

---

١) اذلو لم يجز لايترتب على الرهن الأثرالمرغوب فيه وبعبارة اخرى الغاية المترتبة على الرهن امكان استيفاء الدين من تلك الوثيقة فلا يتصور عـدم الجواز الا في صورة اذن الراهن أو وفاء الدين بطريق آخر .

٢) الكلام فيه هو الكلام والتقريب هو التقريب .

٣) لااشكال في حسن الاحتياط .

٤) قد ذكرت في تقريب الاستدلال على المدعى وجوه :

الأول : ان فائدة الرهن جواز بيع الوثيقة عند عدم امكان الاستيفاء من غيرها وفيه انه فرض موت الراهن وانتقال الوثيقة الى الوارث وعقد الرهن مع الراهن لامع الورثة فاثبات الجواز يحتاج الى الدليل .

الثاني: لزوم الحرج على المرتهن وفيه اولا : انه اخص من المدعى اذ ربما لايكون حرج عليه ، وثانياً : قاعدة لاحرج شانها النفي لاالاثبات .

الثالث: قاعدة الضرر وفيه اولا: ان القاعدة شانها النفي لاالاثبات وثانياً: انما يتم على المسلك المشهور في مفاد القاعدة وأما على مسلك الشيخ الشريعة قدس سره فلا تتم لاثبات المدعى .

الرابع: ما رواه المروزي انه كتب الى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالا وان عنده رهناً فكتب عليه السلام : ان كان له

على الميت مال ولا بينة له عليه فليأخذ ماله بمافي يده وليرد الباقي على ورثته(*١) وهذه الرواية ضعيفة سنداً وعمل المشهور بها على تقدير تحققه لايوجب اعتبارها كما هو المقرر عندنا تبعاً لسيدنا الاستاد .

الخامس: النصوص الدالة على جواز المقاصة منها: ما رواه داود بن رزين قال: قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: اني اخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه قال : خذ مثل ذلك ولا تزد عليه (*٢) .

ومنها ما رواه جميل بن دراج قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده أيأخذه وان لم يعلم الجاحد بذلك قال : نعم (* ٣) .

ومنها ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل الجحود أيحل أن اجحده مثل ما جحد ؟ قال: نعم ولا تزداد (* ٤) .

وفيه ان المستفاد من هذه النصوص جواز التقاص في مورد تحقق الخيانة وانكار الحق المعلوم عند المنكر وفي المقام لم يفرض علم الوارث بالحال فعلى طبق القاعدة لايجب عليه تصديق ما يدعي المرتهن .

السادس: الاجماع قال في الجواهر: « وقد صرح به الأصحاب من غير خلاف يعرف بل عن شرح الارشاد الاجماع ان للمرتهن الاستيفاء من الرهن » الى أن قال

---

١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الرهن

٢) الوسائل الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

٣) نفس المصدر الحديث : ١٠

٤) نفس المصدر الحديث ١٣

والقول قول المالك مع ادعاء الوديعة وادعاء الاخر الرهن[1]

« وعن مجمع البرهان الاجماع أيضاً » الخ وهل يمكن اثبات المدعى بالاجماع المدعى في المقام؟ والله العالم .

١) لكونه موافقاً مع الأصل فان اثبات كونه رهناً يتوقف على اقامة البينة هذا مقتضى القاعدة الأولية ولكن يستفاد من بعض النصوص كحديث ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث فان كان الرهن اقل مما رهن به اواكثر واختلفا فقال : هو رهن وقال الاخر هو وديعة قال : على صاحب الوديعة البينة فان لم يكن بينة حلف صاحب الرهن (* ١) .

وحديث عباد بن صهيب قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن متاع في يد رجلين احدهما يقول: استودعتكاه « استودعتكه » والاخر يقول: هورهن قال فقال: القول قول الذي يقول هوانه رهن الا أن يأتى الذي ادعى انه اودعه بشهود (*٢) ان القول قول مدعى الرهانة .

وربما يقال : الحديثان مطلقان فيقيدان بحديث ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام انه قال في رجل رهن عند صاحبه رهناً فقال الذي عنده الرهن : ارتهنته عندي بكذا وكذا وقال الاخر : انما هو عندك وديعة فقال : البينة على الذي عنده الرهن ان بكذا وكذا فان لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين (* ٣) .

فان مقتضى اطلاق الحديثين عدم الفرق بين ثبوت الدين وعدمه وهذا الاطلاق يقيد بحديث ابن مسلم ولكن الانصاف انه لامجال لهذا التقريب فان النصوص كلها متساوية من هذه الجهة وبعبارة اخرى كلها مطلقة فيقع التعارض بينها والترجيح بالأحدثيه مع حديثي ابن صهيب وابن أبي يعفور .

---

١ و٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الرهن الحديث : ٢ و٣

٣) نفس المصدر الحديث : ١

كتاب الحجر

واسبابه امور : الاول الصغر [١] فالصغير ممنوع من التصرف الامع البلوغ [٢]

واما حديث ابن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل قال لرجل : لي عليك ألف درهم فقال الرجل: لاولكنها وديعة فقال أبوعبدالله عليه السلام : القول قول صاحب المال مع يمينه (* ١) فهومتعرض لحكم خاص في مورد مخصوص فلا يمكن التعدي عن مورده فلاحظ .

١) قال في الحدائق : « لاخلاف في الحجر على الصغير مالم يبلغ في الجملة الخ » (* ٢) .

٢) ويمكن الاستدلال على المدعى بوجوه :

الوجه الأول : قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » (* ٣) بتقريب ان المستفاد من الآية الشريفة انه لايدفع الى اليتيم ماله الا مع تحقق امرين : البلوغ والرشد .

وبعبارة اخرى : ان مقتضى المفهوم عدم الدفع اليه اذا كان غير بالغ أو اذا كان غير رشيد وعدم الدفع لأجل كونه محجوراً عليه وممنوعاً عن التصرف والمستفاد من الاية وان كان التصرف في ماله ولكن يمكن أن يقال : بعدم القول بالفصل يثبت منعه عن التصرفات على الاطلاق .

الوجه الثاني: ما رواه عمار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته

---

١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب الرهن الحديث : ١

٢) الحدائق ج ٢٠ ص : ٣٤٣

٣) النساء/٦

عن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال : اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلوة ، وجرى عليه القلم ، والجارية مثل ذلك ان أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم (* ١) .

فان مقتضى هذه الرواية ان جريان القلم على الصبي مشروط بالبلوغ وقبل البلوغ لايجري عليه القلم بل القلم مرفوع عنه ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين قلم التكليف والوضع فلا يترتب على معاملاته وعقوده وايقاعاته اثر .

الوجه الثالث : ما يدل من النصوص على عدم جواز امر الصبي ومضيه الا بالبلوغ :

منها ما رواه حمران عن أبي جعفر عليه السلام قال : ان الجارية ليست مثل الغلام ان الجارية ان تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع واقيمت عليها الحدود التامة واخذت لها وبها قال: والغلام لايجوز امره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر او ينبت قبل ذلك (* ٢) .

ومنها ما رواه أبو الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره ؟ قال : حتى يبلغ أشده قال: وما أشده قال : احتلامه قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة او اقل أو اكثر ولم يحتلم قال : اذا بلغ وكتب عليه الشيء «ونبت عليه الشعر» جاز عليه امره الا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً (* ٣) ومثلهما غيرهما فان مقتضى اطلاق هذه

١) الوسائل الباب ٤ من مقدمات العبادات الحديث : ١٢

٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الحجر الحديث : ١

٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب الحجر الحديث : ٥

. . . .

النصوص عدم نفوذ تصرفه .

الوجه الرابع: ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : عمد الصبي وخطاءه واحد (* ١) فان مقتضى هذه الرواية ان عمد الصبي كخطائه فلا يترتب اثر على افعاله وتخصيص الرواية بجناياته الموجبة للدية لاوجه له فان الرواية مطلقة ولا مقتضي للتقييد فلاحظ .

وربما يستدل على جواز تصرفات الصبي بوجوه ايضاً :

الوجه الاول : الاية الشريفة وقد ذكر في تقرير الاستدلال بها على المدعى تقريبان :

احدهما : ان المستفاد منها ان المدار الرشد وانما ذكر البلوغ لكونه امارة عليه ولاخصوصية له وبعبارة اخرى الجملة الأخيرة استدراك على الصدر فالصبي الرشيد امره نافذ .

وفيه: انجعل البلوغ امارة وطريقاً الى الرشد خلاف الظاهر لايصار اليه بلاقرينة.

ثانيهما: ان الابتلاء والامتحان تعلق في الاية باليتامى فيستفاد من الاية الشريفة ان اليتيم اذا ابتلي وعلم انه رشيد يصح أمره وينفذ .

وفيه اولا : انه يمكن أن يكون المراد بالابتلاء ما يتعلق ببلوغه اى يبتلى كي يعلم انه بلغ ام لا وثانياً : نفرض ان الابتلاء لأجل استعلام رشده ولكن لاتنافي بين كون الابتلاء لاستعلام الرشد وأن يكون نفوذ الأمر مترتباً على المركب من البلوغ والرشد كما هو ظاهر الاية .

وصفوة القول : انه لامناص عن العمل بالظاهر وظاهر الاية يقتضي ترتب النفوذ على البلوغ والرشد والا لم يكن وجه لذكر البلوغ .

---

١) الوسائل الباب ١١ من ابواب العاقلة الحديث : ٢

والرشد[1] ويعلم الاول بانبات

الوجه الثاني: النصوص الدالة على جوازوصيته ووقفه وصدقته وعتقه لاحظ ما رواه أبو بصير يعنى المرادي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: اذا بلغ الغلام عشر سنين واوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته واذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (* ١) .

وما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز في ماله ما اعتق او تصدق او أوصى على حد معروف وحق فهو جايز (* ٢) .

وما رواه زرارة أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال: اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له من ماله ما اعتق وتصدق على وجه المعروف فهو جايز (*٣)

وفيه : ان هذه النصوص على فرض تماميتها سنداً ودلالة تقتضي التخصيص في ادلة المنع ودليل المنع لايكون آبياً عن التخصيص .

الوجه الثالث : ما ارسله في المبسوط على ما نقل عنه « وروي انه اذا بلغ عشر سنين وكان رشيداً كان جايز التصرف » والمرسل لااعتبار به .

الوجه الرابع : السيرة بدعوى جريانها على ترتيب الأثر على تصرفاته .
وفيه: ان جريان السيرة من المتشرعة المبالين بالشرع والشريعة اول الكلام والاشكال فالنتيجة عدم دليل على جواز تصرفات الصبي .

١) كما يستفاد من الاية الشريفة وتدل على المدعى جملة من النصوص: منها ما رواه هشام عن أبي عبدالله عليه السلام قال : انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو اشده وان احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه

---

١) الوسائل الباب ٤٤ من احكام الوصايا الحديث : ٢
٢) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ١
٣) الوسائل الباب ٥٦ من أبواب العتق الحديث : ١

الشعر الخشن على العانة[1]

ماله (* ١) .

١) ادعي عليه عدم الخلاف بل الاجماع وقال فى الحدائق : « قال في التذكرة وهو مختص بشعر العانة الخشن ولا اعتبار بالشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر بل الخشن الذي يحتاج في ازالته الى الحلق حول ذكر الرجل وفرج المرأة وقال ايضاً في الكتاب المذكور انبات هذا الشعر دليل البلوغ في حق المسلمين والكفار عند علمائنا اجمع » (* ٢) الى أن قال : « قال في المسالك بعد قول المصنف ـ ويعلم بلوغه بانبات الشعر الخشن على العانة ـ ما لفظه : ويعبر عنه بالزغب » (* ٣) الخ .

وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه الكناسي قال قلت لأبي جعفر عليه السلام : متى يجوز للاب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها ؟ قال : اذا جاز تسع سنين فان زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها اذا بلغت تسع سنين الى أن قال قلت : فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية ؟ فقال : يا أبا خالد ان الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان بالخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك الخ (* ٤) وهذا الحديث مخدوش بالكناسي .

ومنها ما رواه حمران قال: سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة ويقام عليه ويؤخذ بها ؟ قال : اذا خرج عنه اليتم وادرك قلت : فلذلك حد يعرف به فقال: اذ احتلم او بلغ خمس عشرة أو اشعر

١) الوسائل الباب ١ من أبواب الحجر الحديث : ١

٢) الحدائق ج ٢٠ ص : ٣٤٦

٣) الحدائق ج ٢٠ ص : ٣٤٧

٤) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث : ٩

أو الاحتلام[1]

او أنبت قبل ذلك اقيمت عليه الحدود التامة واخذ بها واخذت له (*١) وهذه الرواية ضعيفة بحمزة وغيره .

ومنها ما رواه ابو البختري عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام انه قال عرضهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يومئذ يعني بني قريظة على العانات فمن وجده انبت قتله ومن لم يجده أنبت ألحقه بالذراري (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة أيضاً سنداً فالعمدة الاجماع والتسالم بين الأصحاب .

١) الظاهر انه لاخلاف فيه بين الأصحاب ويدل عليه قوله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم (*٣) وعن التذكرة : «الاحتلام هو خروج المني وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد » وعنه أيضاً : « الحلم خروج المني من الذكر أو قبل المرئة مطلقاً سواء كان بشهوة او بغير شهوة وسواء كان بجماع أو غير جماع وسواء كان في نوم او يقظة » .

وتدل على المدعى ايضاً جملة من النصوص منها ما رواه حمران عن أبي جعفر عليه السلام قال: ان الجارية ليست مثل الغلام ان الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع واقيمت عليها الحدود التامة واخذت لها وبها قال: والغلام لايجوز امره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة او يحتلم او يشعر او ينبت قبل ذلك (* ٤) .

---

١) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٨

٣) النور/ ٥٩

٤) الوسائل الباب ٢ من أبواب الحجر الحديث : ١

او الحيض[١]

ومنها ما رواه طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام ان اولاد المسلمين موسومون عندالله شافع ومشفع فاذا بلغوا اثنتي عشرة سنة كتبت لهم الحسنات فاذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات (* ١) .

ومنها ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه قال : سألته عن اليتيم متى ينقطع يتمه قال : اذا احتلم وعرف الأخذ والعطاء (* ٢) .

ومنها ما عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آبائه عليهم السلام في وصية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي عليه السلام قال يا علي لايتم بعد احتلام (* ٣) .

ومنها ما رواه الأعمش عن أبي ظبيان قال أتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها فقال علي عليه السلام أما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ (*٤) .

ومنها مرسل الفقيه قال : وفي خبر آخر على الصبي اذا احتلم الصيام وعلى المرأة اذا حاضت الصيام (* ٥) .

ومنها ما رواه عمار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته متى تجب عليه الصلوة قال : اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلوة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك ان أتى لها ثلاث عشرة سنة او حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلوة وجرى عليها القلم (* ٦) .

١) لاحظ ما رواه عمار (* ٧) ان قلت لااشكال في عدم التحيض قبل البلوغ

---

١ و٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١ و٦

٣) نفس المصدر الحديث : ٩

٤) نفس المصدر الحديث ١١

٥) نفس المصدر الحديث : ١٠

٦ و٧) نفس المصدر الحديث : ١٢

اواكمال خمس عشرة سنة في الذكر[1]

تسعاً فكيف يكـون البلوغ بالحيض ؟ وبعبارة اخرى الحيض قبل التسع لايكون حيضاً شرعاً كماصرح الماتن به في بحث الحيض وبعد التسع يكون البلوغ بالسن فأين تظهر الفائدة ؟ قلت : تظهر الفائدة في مجهول السن وبعبارة اخرى لو ترى الجارية الدم الذي يكون حيضاً قطعاً ولا تدري ان سنها بلغ التسع أم لا ؟ يحكم بكونها بالغة ولامجال لاستصحاب عدم بلوغ سنهاتسعاً وانشئت قلت: دم الحيض في مجهولة السن امارة على البلوغ ومع وجود الامارة لامجال للأصل فلايجري الاستصحاب فلاحظ .

١) ما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى وجهان :

الوجه الأول : الأجماع والتسالم القطعي على تحقق البلوغ باكمال خمس عشرة فمادام لم يكمل هذا المقدار يجري استصحاب عدم البلوغ بل مقتضى الاية « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح (* ١) « واذا بلـغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا » (* ٢) والرواية عدم تحقق البلوغ قبل تحقق الحلم خرج عنه بلوغ هذا المقدار من السن بمقتضى الاجماع والتسالم .

الوجه الثاني : النصوص الدالة على المدعى منها ما رواه حمران عن أبي جعفر عليه السلام في حديث الى أن قال قال: والغلام لايجوز أمره في البيع والشراء ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك (* ٣) .

ومنها ما رواه بريد (يزيد) الكناسي قال : قلت : لأبي جعفر عليه السلام متى يجوز للاب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها ؟ الى أن قال : قلت : فالغلام يجري في

---

١) النساء/٦

٢) النور/٥٩

٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب الحجر الحديث : ١

. . . .

ذلك مجري الجارية قال يا أبا خالدان الغلام اذا زوجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة او يشعر فى وجهه او ينبت فى عانته قبل ذلك (* ١) .

ومنها ما رواه معاوية بن وهب فى حديث قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام فى كم يؤخذ الصبي بالصيام ؟ قال ما بينه وبين خمس عشرة سنة واربع عشرة سنة فان هو صام قبل ذلك فدعه ولقد صام ابني فلان قبل ذلك فتركته (*٢) .

وفى قبال هذه النصوص روايات يستفاد منها خلاف المدعى منها ما رواه الثمالى عن أبى جعفر عليه السلام قال قلت له : فى كم تجري الأحكام على الصبيان قال فى ثلاث عشرة واربع عشرة قلت : فانه لم يحتلم فيها قال: وان كان لم يحتلم فان الأحكام تجري عليه (* ٣) .

وهذه الرواية ضعيفة سنداً فدليل كون البلوغ باربع عشرة سنة ضعيف سنداً ومنها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله عزوجل حتى اذا بلغ اشده قال: الاحتلام قال : فقال : يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها فقال : لا اذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز أمره الا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً (* ٤) .

ومنها ما رواه عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلوة قال: اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلوة (* ٥) .

---

١) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح ومقدماته الحديث : ٩

٢) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم الحديث : ١

٣) الوسائل الباب ٤٥ من ابواب احكام الوصايا الحديث : ٣

٤) الوسائل الباب ٤٤ من ابواب الوصايا الحديث : ٨

٥) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١٢

. . . .

فان المستفاد من هذه الطائفة ان البلوغ يتحقق بثلاث عشرة سنة فيقع التعارض بين هذه الطائفة وما يدل على أن البلوغ يحصل بخمس عشرة سنة وحيث لا مرجح في احد الطرفين يتساقطان فقبل الخمس عشرة يحكم بعدم تحقق البلوغ بالتقاريب المتقدمة وأما بعدها فلا اشكال في تحقق البلوغ فلاحظ الا أن يقال: ان احد الطرفين أحدث فيدخل المقام في باب اشتباه الحجة بغيرها .

ومنها ما يدل على تحققه بثمان سنين لاحظ ما رواه حسن بن راشد عن العسكري عليه السلام قال : اذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجايز امره في ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود واذا تم للجارية سبع سنين فكذلك (*١) وهذه الرواية ضعيفة سنداً بضعف اسناد الشيخ الى ابن فضال .

ومنها ما يدل على تحققه بعشر سنين لاحظ ما رواه أبو ايوب قال : سألت اسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادة الغلام ؟ فقال : اذا بلغ عشر سنين قلت : ويجوز أمره ؟ قال : فقال : ان رسول الله صلى الله عليه وآله دخل بعائشة وهى بنت عشر سنين وليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة فاذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره وجازت شهادته (*٢) وهذه الرواية ضعيفة بالعبيدي مضافاً الى أنها غير مستندة الى المعصوم .

ويمكن الاستدلال على تحققه بعشر سنين بما يدل على جواز عتقه وصدقته ووصيته ووقفه لاحظ ما رواه أبو بصير عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : اذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته واذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (*٣) .

---

١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٤

٢) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الشهادات الحديث : ٣

٣) الوسائل الباب ٤٤ من الوصايا الحديث : ٢

وتسع في الانثى[1]

وما رواه عدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذابلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته (* ١) .

وما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق او تصدق او اوصى على حد معروف وحق فهو جايز (* ٢) .

وما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذابلغ الصبي خمسة اشبار اكلت ذبيحته واذا بلغ عشر سنين جازت وصيته (*٣) .

وما رواه ابو بصير وابو ايوب عن أبي عبدالله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصي قال : اذا أصاب موضع الوصية جازت (* ٤) .

وما رواه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن وصية الغلام هل تجوز قال : اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته (* ٥) .

فيقع التعارض بين الجانبين ولكن يمكن أن يقال : ان صحة عتقه وصدقته ووقفه اعم من بلوغه مضافاً الى أنه قد صرح في بعض النصوص بعدم بلوغه بعشر سنين لاحظ ما رواه أبو بصير عن ابي عبدالله عليه السلام في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بامرأة قال يجلد الغلام دون الحد وتجلد المرأة الحد كاملا قيل : فان كانت محصنة قال : لاترجم لأن الذي نكحها ليس بمدرك ولو كان مدركا لرجم(*٦) فالنتيجة ان البلوغ يتحقق بخمس عشرة سنة والله العالم بحقايق الأشياء.

١) كما هـو المشهور عندهم بل هو الذي استقر عليه المذهب ـ على ما في

---

١) نفس المصدر الحديث : ٣

٢ و٣ و٤) نفس المصدر الحديث : ٤ و٥ و٦

٥) نفس المصدر الحديث : ٧

٦) الوسائل الباب ٩ من ابواب حد الزنا الحديث : ١

. . . .

الجواهر ـ ويظهر من الشيخ قدس سره في الخلاف في كتاب الحجر انه اجماعي ويدل على المدعى بعض النصوص منها ما رواه حمران قال سألت اباجعفر عليه السلام قلت له : متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة ؟ الى أن قال : قلت : فالجارية متى تجب عليها الحدود التامة وتؤخذ بها ويؤخذ لها ؟ قال : ان الجارية ليست مثل الغلام ان الجارية اذاتزوجت ودخل بهاولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع (*١) .

ومنها ما رواه يزيد الكناسي عن ابي جعفر عليه السلام قال الجارية اذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتم وزوجت واقيمت عليها الحدود التامة لها وعليها(*٢)

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنة وكتبت عليه السيئة وعوقب واذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك وذلك أنها تحيض لتسع سنين (*٣) .

ويمكن الاستدلال على المدعى بالنصوص الدالة على جواز الدخول بالجارية اذا بلغت تسع سنين منها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال اذا تزوجل الرجل الجارية وهي صغيرة فلايدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين(*٤).

ومنها ما رواه زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال : لايدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين او عشر سنين (* ٥) وغيرهما مما ورد في الباب المشار اليه .

---

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات الحديث : ٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

٣) الوسائل الباب ٤٤ من احكام الوصايا الحديث : ١٢

٤ و٥) الوسائل الباب ٤٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث ١ و٢

والثاني باصلاح ماله عند اختباره بحيث يسلم من المغابنات وتقع افعاله على الوجه الملائم[١] ولايزول الحجر مع فقد احدهما[٢] وان طعن في السن[٣] ويثبت الرشد في الرجال بشهادة أمثالهم[٤]

بتقريب عدم جواز الدخول بغير البالغة كما انه يمكن الاستدلال بما دل على أن الجارية تحيض لتسع سنين منها: ما رواه عبدالرحمن الحجاج قال: قال ابوعبدالله عليه السلام : ثلاث تتزوجن على كل حال التي لم تحض ومثلها لاتحيض قال : قلت : وما حدها قال اذا اتى لها اقل من تسع سنين والتي لم يدخل بها (*١).

ومنها مارواه عبدالرحمن بن الحجاج ايضاً قال: سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول ثلاث يتزوجن على كل حال : التى قد يئست من المحيض ومثلها لاتحيض قلت ومتى تكون كذلك ؟ قال : اذا بلغت ستين سنة فقد يئست من المحيض ومثلها لاتحيض والتي لم تحض ومثلها لاتحيض قلت ومتى يكون كذلك ؟ قال : مالم تبلغ تسع سنين فانها لاتحيض ومثلها لاتحيض والتي لم يدخل بها (* ٢) بتقريب ان الحيض لايتحقق شرعاً قبل البلوغ .

١) اذ لااشكال في أنه بهذه الوسيلة يعرف انه رشيد أملا .

٢) بلا اشكال اذ قد مر ان المستفاد من الدليل انه محجور مادام لايكون بالغاً ومادام لايكون رشيداً فيلزم في ارتفاع الحجر زوال كلا الأمرين .

٣) اذ السن لايكون ملاكاً للرشد فلا اثر لزيادته .

٤) اجماعاً كما في الجواهر مضافاً الى أن نفوذ شهادة الرجال على طبق القاعدة الأولية .

---

١) الوسائل الباب ٢ من ابواب العدد الحديث : ٤

٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب العدد الحديث : ٥

وفي النساء بشهادة الرجال[1] وكذلك بشهادتهن على اشكال[2] الثاني الجنون[3].

---

١) بلا خلاف كما في الجواهر مضافاً الى أنه على طبق القاعدة .

٢) ادعي عليه الاجماع ولكن صاحب الجواهر قدس سره قال في هذا المقام «لم أتحققه» والظاهر ان منشأ الاشكال في عبارة الماتن ان المستفاد من الأدلة والنصوص عدم جواز شهادة النساء الا في موارد خاصة لاحظ ما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام انه كان يقول : شهادة النساء لاتجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود الا في الديون ومالا يستطيع الرجال النظر اليه (* ١) .

ولاحظ بقية النصوص الواردة في الباب ٢٤ من أبواب الشهادات من الوسائل وعليه يشكل نفوذ شهادتهن في مورد لايكون دليل على نفوذها فلاحظ .

٣) قال في الحدائق « ودليل الحجر على المجنون ظاهر من العقل والنقل » انتهى . ويمكن الاستدلال على المدعى بما ورد في الحجر على السفيه بالاولوية فان السفيه اذا كان محجوراً عليه من التصرف فالحجر على المجنون بالاولوية القطعية .

ويمكن الاستدلال على المدعى بالنصوص الدالة على اشتراط العقل في تعلق التكاليف منها ما رواه ابو الجارود عن ابى جعفر عليه السلام قال : انما يداق الله العباد في الحساب يوم القيمة على قدر ما آتاهم من العقول في الدنيا (* ٢) .

ومنها ما رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : اذا بلغكم عن رجل حسن حال فانظروا في حسن عقله

---

١) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب الشهادات الحديث : ٤٢

٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب مقدمة العبادات الحديث ٣

ولايصح تصرف المجنون الا في اوقات افاقته[١] الثالث السفه ويحجر على السفيه في ماله خاصة على المشهور[٢]

فانما يجازي بعقله (* ١) .

ومنها ما رواه هشام قال : قال ابو عبدالله عليه السلام لما خلق الله العقل قال له أقبل فأقبل ثم قال له أدبر فأدبر ثم قال: وعزتي وجلالي ما خلقت خلقاً هو احب الي منك بك آخذ وبك أعطي وعليك اثيب (* ٢) .

فان المستفاد من هذه النصوص ان المجنون خارج عن دائرة المقررات الشرعية فلا اعتبار بافعاله وتروكه ولا يترتب على عقده وايقاعه اثر شرعي ويؤيد المدعى ما رواه ابن ظبيان قال أتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت فامر برجمها فقال علي عليه السلام : اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ (*٣) .

فان مقتضى اطلاق الرفع ارتفاع القلم عنه وان شئت قلت : ان المستفاد من مجموع الروايات ان المجنون في نظر الشارع كالحيوانات .

١) كما هو ظاهر اذ زمان افاقته يكون جامعاً للشرائط فما يصدر عنه صحيح كالصادر عن غيره وما يصدر عنه في زمان جنونه لايصح لفقدان شرط الصحة فلاحظ .

٢) قال في الجواهر : « وكيف كان فلو باع والحال هذه اي غير رشيد لم يمض بيعه ولا شرائه ولا غير ذلك من عقوده ومعاملاته اذا حجر عليه الحاكم أو مطلقاً على الخلاف وكما لو وهب او اقر بمال والضابط : المنع من التصرفات

---

١) نفس المصدر الحديث : ٥

٢) نفس المصدر الحديث : ٦

٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١١

الرابع الملك : فلا ينعقد تصرف المملوك بدون اذن مولاه[1] ولو ملكه مولاه شيئاً ملكه على الاصح وكذا غيره اذا كان باذن المولى[2]

المالية بلا خلاف اجده فيه بل يمكن تحصيل الاجماع عليه بل عن مجمع البرهان دعواه وهو الحجة » الخ (* ١) .

ويدل على المدعى الكتاب والسنة كما مر تقريب الاستدلال بهما في اشتراط الرشد في صحة المعاملة فراجع وعلى الجملة المستفاد من الدليل ان غير الرشيد ممنوع من التصرف المالي وأما حجره على الاطلاق فلا دليل معتبر عليه ظاهراً .

١) قال في الجواهر : « لايجوز للمملوك فضلا عن غيره ان يتصرف في نفسه باجارة ولا استدانة ولا غير ذلك من العقود ولا بما في يده ببيع ولا هبة الا باذن سيده ولو حكم له بملكه » (* ٢) .

٢) لاحظ ما رواه عمر بن يزيد قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة ورضى بذلك المولى فاصاب المملوك في تجارته مالا سوى ماكان يعطى مولاه من الضريبة فقال: اذا ادى الى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك (*٣)

ولا حظ حديث اسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ماتقول في رجل يهب لعبده ألف درهم او اقل او اكثر فيقول حللني من ضربي اياك ومن كل ما كان مني اليك ومما اخفتك وارهبتك فيحلله ويجعله في حل رغبة فيما اعطاه ثم ان المولى بعد اصاب الدراهم التى كان أعطاها في موضع قد وضعها فيه العبد فأخذها المولى احلال هي له ؟ قال: فقال : لاتحل له لانه افتدى بها نفسه من العبد

---

١) الجواهر ج ٢٦ ص : ٥٦

٢) الجواهر ج ٢٥ ص : ٦٩

٣) تهذيب الاحكام ج ٨ ص ٢٢٤ حديث : ٤٠

الخامس : الفلس ويحجر على المفلس بشروط اربعة[1] ثبوت ديونه عند الحاكم[2] وحلولها[3] وقصور امواله عنها[4] ومطالبة اربابها الحجر[5]

مخافة العقوبة والقصاص يوم القيامة (* ١) .

فان المستفاد من الحديثين ان العبد يملك وحيث ان المسئلة خارجة عن محل الابتلاء نقتصر من البحث فيها على هذا المقدار والله ولي التوفيق وعليه التكلان.

١) تحقق الحجر به يحتاج الى دليل وبعبارة اخرى يكون تصرف المالك في ماله نافذاً شرعاً الا أن يقوم دليل على المنع وحيث انه لادليل عليه بدون الشروط المذكورة يتوقف تحققه عليها .

٢) لأصالة بقـاء سلطنته على ماله وبتعبير آخر عدم تحقق الحجر يكون على مقتضى القاعدة الأولية وجواز التصرف ونفوذه قبل تحققه على القاعدة مضافاً الى أنه مادام لايثبت كونه مديوناً عند الحاكم لايقدر الحاكم على حجره كما هو ظاهر

٣) اذ مع عدم الحلول لايستحق الديان المطالبة ولعل الله يحدث بعد ذلك امراً وبعبارة واضحة لادليل على جواز الحجر عليه فلا يجوز فان الجواز يحتاج الى الدليل وعدم الجواز على طبق القاعدة .

٤) قال في الجواهر : « فان لم تكن قاصرة فلاحجر عليه اجماعاً محكياً في جامع المقاصد والمسالك وظاهر التذكرة بل طالبه ارباب الدين فان قضى والا رفعوا امرهم الى الحاكم فيحبسه الى أن يقضى اويبيع عليه ويقضى عنه لأنه ولي الممتنع » (* ٢) الى آخر كلامه رفع في علو مقامه .

٥) اذ الحق لهم فلا يحجر عليه مع عدم التماسهم ذلك فانه لادليل على تحقق الحجر في غير هذه الصورة وصفوة القول: ان الحجر على خلاف الاصول والقواعد

---

١) تهذيب الاحكام ج ٨ ص ٢٢٥ حديث : ٤١

٢) الجواهر ج ٢٥ ص: ٢٧٩

واذا حجر عليه الحاكم بطل تصرفه في ماله مع عدم اجازة الديان مادام الحجر باقياً [١] فلواقترض بعده اواشترى في الذمة لم يشارك المقرض والبايع الغرماء [٢]

فلا يتحقق الا في مورد اليقين .

لكن المستفاد من النص لايكون كذلك لاحظ ما رواه غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه ان علياً عليه السلام كان يفلس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فان ابى باعه فقسم بينهم يعني ماله (* ١) . فان المستفاد من هذه الرواية ان شرط جواز الحجروالتفليس التواء الرجل على غرمائه فلابد من تحقق اجماع على المنع كي يمنع عن الأخذ باطلاق الدليل والله العالم

١) ما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى وجهان : الوجه الأول الاجماع . الوجه الثاني : حديث غياث وعمار عن أبي عبدالله عليه السلام مثله الا أنه قال : يحبس الرجل (* ٢) .

فانه يستفاد من هذا الحديث انه بعد الحجر لايمكنه التصرف في ماله وانه لمعزول عنه مضافاً الى أن الاستدلال على جواز الحجر يثبت كونه محجوراً اذ لو لم يحجر لم تكن فائدة في الحجر عليه ومع اجازة الديان يجوز تصرفه اذالمنع من ناحيتهم فيجوز باذنهم .

٢) لعدم دليل على المشاركة وان شئت قلت : انه بالحجر عليه اختص ماله بالغرماء ومشاركة الغير معهم تحتاج الى شركة جديدة ولا دليل عليها مضافاً الى دعوى الاتفاق على عدم المشاركة في صورة علم المقرض أو البايع باعساره نعم في صورة الجهل بالحال لايبعد الالتزام بالخيار بتقريب انه مقتضى الاشتراط

---

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الحجر الحديث : ١

٢) نفس المصدر وذيل الحديث

ولو أتلف مال غيره فالاظهر عدم مشاركة صاحبه للغرماء(١) وكذا الواقر بدين سابق(٢) أو بعين(٣) وله اجازة بيع الخيار(٤) وفي جواز فسخه اشكال(٥)

الارتكازي الضمني فلاحظ .

١) لعدم دليل على المشاركة ومقتضى الأصل عدمها والظاهر انه لانص في المقام يقتضي الشركة الجديدة وأما كون الضمان بالاتلاف بغير رضا صاحب المال لايقتضي المشاركة مع الغرماء كما هو ظاهر .

٢) والوجه فيه ان الأقرار نافذ عليه وأما بالنسبة الى غيره فلادليل على نفوذه فلا يكون موجباً لمشاركة المقر له مع الغرماء . ان قلت قد اشتهر فيما بينهم ان مثبتات الامارات حجة فنفوذ الأقرار يستلزم ترتيب لوازمه فتلزم المشاركة .

قلت لم يرد دليل يدل على هذه الكلية بل الالتزام بترتب اللوازم يتوقف على أمرين أحدهما : دلالة الامارة على اللازم ثانيهما : قيام دليل على حجيتها على الاطلاق فلو انتفى احد الأمرين لايتم الأمر مثلا اذا أخبر الثقة ببقاء زيد في قيد الحياة فقد أخبر باللوازم المترتبة على الحياة فاذا قام الدليل على حجية قوله على الاطلاق يثبت باخباره جميع اللوازم وأما في المقام فلا دليل على اعتبار قول المقر الا بالمقدار الذي يكون اقراراً على نفسه وأما بالنسبة الى الغير فلا دليل على اعتبار اقراره .

٣) الكلام فيه هو الكلام اي لادليل على اعتبار قوله بلحاظ تحقق الضرر بالنسبة الى الغرماء .

٤) اذ لاوجه لسقوط هذا الحق فانه يحجر عن التصرف في امواله واسقاط الخيار لايكون تصرفاً في ماله فلا وجه لسقوط هذا الحق كما انه لاوجه لكونه محجوراً عليه عن اعماله .

٥) ادعى في الجواهر عدم وجدان الخلاف في جوازه والذي يخطر بالبال

ومن وجد عين ماله كان له اخذها[١] دون نمائها المنفصل[٢] أما المتصل فان كان كالطول والسمن وبلوغ الثمرة ونحوهما مما لا يصح للانفصال تبعها[٣] وما يصح لذلك كالصوف والثمرة ونحوهما ففيه اشكال والاظهر عدم التبعية[٤]

في هذه العجالة انه ان تم اجماع تعبدي على الجواز فهو والا يشكل الالتزام بالجواز لأن الفسخ وان كان تصرفاً في العقد لكن لااشكال في أنه تصرف في المال ولو بالواسطة والمفروض كونه محجوراً عليه عن التصرفات المالية وما ذكر في المقام من أنه ليس تصرفاً ابتدائياً بل هو اثر امر ثابت قبل الحجر غير تام لأن المفلس بعد الحجر ممنوع عن التصرف في المال فما افاده في المتن من الاشكال متين .

١) كما هو المعروف بين الأصحاب ـ على ما في بعض الكلمات ـ ويدل على المدعى ما رواه عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال لايحاصه الغرماء (* ١) .

٢) لعدم المقتضي اذ المفروض ان النماء تابع للأصل والمفروض ان النماء وجد في ملك المديون والمستفاد من حديث عمر بن يزيد ان العين التى كانت للغير تختص به وأما نمائه المنفصل فلا دليل عليه .

٣) فان مالا يكون قابلا للانفصال تابع للعين اذ المفروض ان العين تختص بمالكها السابق والمفروض أيضاً عدم امكان الانفصال ويمكن الاستدلال على المدعى باطلاق حديث عمر بن يزيد .

٤) استدل على عدم التبعية بوجوه : الوجه الأول : ان اخذ العين خارج عن الأصل والقاعدة فيقتصر فيه على مقدار اليقين وهو اصل المتاع لانمائه .

---

١) الوسائل الباب ٥ من أبواب الحجر الحديث : ٢

ولو خلطها بجنسها فله عين ماله مطلقاً وان كان بالاجود [١] وكذا لو خلطها بغير جنسها [٢] مالم تعد من التالف [٣] ولا اختصاص في مال الميت مع قصور التركة [٤]

الوجه الثاني : ان اخذه المزيادة ضرر على الغرماء وهو منفي .

الوجه الثالث : ان الزيادة مملوكة المفلس فلا تخرج عنه مجاناً .

الوجه الرابع : انها ليست عين مال الغير فلا مقتضي لرجوعها اليه . والذي يخطر ببالي القاصر ان المستفاد من حديث عمر بن يزيد ان الغرماء لايحاصوه في ماله ولا يدل الحديث على رجوع العين الى ملك مالكها السابق كما انه لايدل على الخيار بل المستفاد من الحديث ان له اخذ حقه من العين الباقية عند المفلس وعليه لاوجه للتبعية لا في النماء المتصل ولا في النماء المنفصل بل له اخذ حقه من العين فقط .

ولكن الانصاف انه لايبعد شمول الدليل للعين مع الزيادة المتصلة نعم في الزيادة المتصلة القابلة للانفصال يشكل الالتزام بالصدق فلا يبعد ان ما اختاره الماتن هو الصحيح .

١) بتقريب ان المأخوذ في الدليل وجود متاع الرجل بعينه واطلاقه يقتضي شمول الدليل هذه الفروض ولايبعد الشمول لصدق العنوان المأخوذ في الموضوع.

٢) بعين التقريب .

٣) كما هو ظاهر فانه مع صدق التلف لايصدق الموضوع المأخوذ في الدليل

٤) لاحظ ما رواه أبو ولاد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً الى سنة فمات المشتري قبل أن يحل ماله واصاب البائع متاعه بعينه أله أن يأخذه اذا حقق له ؟ قال : فقال ان كان عليه دين وترك نحواً مما عليه فليأخذ ان حقق له ، فان ذلك حلال له ولو لم يترك نحو من دينه فان صاحب المتاع

ويخرج الحب والبيض بالزرع والاستفراخ عن الاختصاص[1] وللشفيع أخذ الشقص[2] ويضرب البايع مع الغرماء[3] واذا كان في التركة عين زكوية قدمت الزكاة على الديون وكذلك الخمس[4] واذا كانا في ذمة الميت كانا كساير الديون[5] مسائل : الاولى : لو افلس بثمن ام الولد بيعت[6] أو أخذها البايع بعد موت الولد[7] وأما قبله ففيه اشكال والجواز

كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع (*١) فان التفصيل المذكور في المتن يستفاد من الحديث فلاحظ .

١) لعدم صدق العنوان المأخوذ في الدليل وبعبارة اخرى ليس المتاع الموجود عين ذلك المتاع السابق والعرف ببابك .

٢) بلا خلاف كما في الجواهر واستدل على المدعى في الجواهر بقوة حق الشفعة فان ثبتت قوة حق الشفعة بحيث تقدم على بقية الحقوق بالاجماع والتسالم القطعي فهو والا فيشكل الجزم بها والله العالم .

٣) اذ المفروض انه من الغرماء .

٤) اذ المفروض ان العين متعلق حق الفقراء والسادة والامام فلا مجال لتعلق حق الغرماء بها .

٥) كما هو ظاهر اذ المفروض ان الدين في الذمة فالغرماء على السواء فلاحظ .

٦) لجواز بيعها في ثمن رقبتها كما قرر في محله .

٧) فانه مع فرض موت الولد لامانع من انتقالها والمفروض انها عين متاع البايع فعلى القول بأن البايع أحق بمتاعه بمقتضى حديث عمر بن يزيد (* ٢)

---

١) تهذيب الاحكام ج ٦ ص ١٩٣ حديث ٤٦

٢) لاحظ ص : ٢٣٩

اظهر[1] الثانية : لا يحل مطالبة المعسر[2]

فله اخذها بناءاً على أن المستفاد من الدليل جواز الأخذ .

١) قال في الجواهر: « ولو اولد الجارية ثم فلس جاز لصاحبها انتزاعها وبيعها فيه وفي غيره لصدق وجدان عين المال فسلط على الفسخ والاستيلاد غير مانع بعد ان لو طالب بثمنها ولم يفسخ جاز بيعها في ثمن رقبتها فأخذها حينئذ بمنزلته » الخ (* ١) .

٢) يمكن الاستدلال على المدعى بقوله تعالى « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » (* ٢) فان المستفاد من الاية الشريفة انه يجب النظرة الى الميسرة كما ان المستفاد من حديث غياث كذلك فروى عن جعفر عن ابيه ان علياً عليه السلام كان يحبس في الدين فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا (*٣)

فان المستفاد من الحديث انه مع تحقق اعسار يخلى سبيل المديون حتى يستفيد . وتؤيد المدعى ان لم تدل عليه جملة من النصوص منها ما رواه عبدالله بن سنان قال: قال النبي صلى الله عليه وآله: ألف درهم أقرضها مرتين احب الي من أن اتصدق بها مرة وكما لا يحل لغريمك ان يمطلك وهو مؤسر فكذلك لا يحل لك أن تعسره اذا علمت انه معسر (* ٤) .

ومنها ما رواه معاوية بن عمار قال : سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من أراد ان يظله الله في ظل عرشه يوم لا ظل الا

---

١) الجواهر ج ٢٥ ص : ٣٢٠

٢) البقرة/٢٨٠

٣) الوسائل الباب ٧ من كتاب الحجر الحديث : ١

٤) الوسائل الباب ٢٥ من أبواب الدين الحديث : ٢

ولاالزامه بالتكسب اذا لم يكن من عادته وكان عسراً عليه[١] ولا بيع دارسكناه اللائقة بحاله ولاعبد خدمته[٢]

ظله فلينظر معسراً أو ليدع له من حقه (* ١).

ومنها ما رواه ابو الجارود عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من سره أن يقيه الله من نفخات جهنم فلينظر معسراً أو ليدع له من حقه (* ٢) وغيرها من الروايات الواردة في الباب المشار اليه فان المستفا دمن هذه النصوص مطلوبية انظار المعسر والنهي عن اعساره فلاحظ.

١) فان الزام الغير على خلاف القاعدة الأولية بل على خلاف المستفاد من الكتاب والسنة بل الواجب الأنظار حتى يستفيد ولا ادري ما الوجه في تقييد الماتن عدم الجواز بالقيد المذكور ؟ فان مقتضى القاعدة عدم الجواز ولو مع عدم العسر الا أن يقال: انه يجب عليه اداء دينه فتجب مقدمته فاذا كان التكسب ممكناً مع عدم العسر وعدم المهانة في حقه يجب عليه الكسب لأداء دينه بل يستفاد المدعى من حديث غياث بتقريب ان (حتى) الواردة في الرواية تعليلية اى يخلى سبيله لأجل أن يستفيد ويؤيد المدعى انه ذهب جماعة الى وجوب الكسب (*٣) فعن المسالك: « انه لو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسناً وعن السرائر ان من كان عليه دين وجب عليه السعي في قضائه وعن القواعد ويجب على المديون السعي في قضاء الدين ونحوهما عن النهاية » وفي الجواهر «فالقول حينئذ بوجوب السعي عليه في قضاء الدين بتكسب وغيره لايخلو عن قوة ».

٢) فان الدار والخادم اللائقان بالحال من مستثنيات الدين ولا يجب على

---

١) نفس المصدر الحديث : ٤

٢) نفس المصدر الحديث : ٥

٣) الجواهر ج ٢٥ ص : ٣٢٦ – ٣٢٧

ولاغيره مما يعسرعليه بيعه[١] الثالثة : لايحل بالحجرالدين المؤجل[٢] ولومات من عليه حل[٣] ولايحل بموت صاحبه[٤] الرابعة : ينفق عليه من ماله الى يوم القسمة وعلى عياله[٥]

المديون بيع مثلهما .

١) لايبعد أن يكون المراد من العبارة الأمتعة المحتاج اليها اللائقة بحاله كدابته مثلا والا فلادري ما الوجه في عدم الوجوب فلاحظ .

٢) قال في الحدائق : «المشهور انه لاتحل الديون المؤجلة عليه بالحجر وانما تحل بالموت كما تقدم في كتاب الدين ونقل عن ابن الجنيد أنها تحل » انتهى كلامه (* ١) ومقتضى القاعدة الأولية عدم الحلول لعدم الدليل عليه .

٣) بلا خلاف وبلا اشكال ـ كما في الجواهر ـ وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه ابو بصير قال: قال أبوعبدالله عليه السلام: اذا مات الرجل حل ماله وما عليه من الدين (* ٢) .

ومنها ما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عليهما السلام أنه قال : اذا كان على الرجل دين الى اجل ومات الرجل حل الدين (* ٣) .

ومنها مرسل الصدوق قال: وقال الصادق عليه السلام: اذا مات الميت حل ماله وما عليه (* ٤) .

٤) لعدم الدليل عليه وأما حديث أبي بصير فضعيف سنداً ومثله في الضعف مرسل الصدوق المتقدم .

٥) بلا خلاف اجده ـ كما في الجواهر ـ والظاهر ان المدرك للحكم عدم الخلاف والتسالم ويؤيد المدعى ما رواه علي بن اسماعيل عن رجل من اهل

---

١) الحدائق ج ٢٠ ص ٣٩١

٢ و٣ و٤) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الدين الحديث : ١ و٣ و٤

ولو مات قدم الكفن وغيره من واجبات التجهيز[١]

الشام أنه سأل أبــا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل عليه دين قــد فدحه وهو يخالط الناس وهو يؤتمن يسعه شراء الفضول من الطعام والشراب فهل يحل له أم لا ؟ وهل يحل أن يتطلع مــن الطعام أم لا يحل له الا قدر ما يمسك به نفسه ويبلغه قال : لابأس بما أكل (* ١) .

١) وفي الجواهر ـ في شرح قول المحقق ـ : ولو مات قدم كفنه على حقوق الغرماء ويقتصر على الواجب منه ، قال : «بلاخلاف اجده» (* ٢) واستدل على المدعى بجملة من النصوص منها ما رواه زرارة قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل مات وعليه دين بقدر كفنه قــال : يكفن بما ترك الا أن يتجر عليه انسان فيكفنه ويقضى بما ترك دينه (* ٣) .

وفيه انه لم يفرض في الحديث تعلق حق الغرماء بما ترك الميت ولا يبعد أن يكون المستفاد منه بحسب الفهم العرفي حكم ما تركه الميت لو خلي وطبعه فلا يشمل صورة تعلق حق الغرماء بالمال بواسطة الحجر .

ومنها ما رواه اسماعيل بن أبى زياد عن جعفر عن ابيه عليهما السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ان اول ما يبدأ به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث (* ٤) .

والكلام فيــه هو الكلام مضافاً الــى كون محمد بن عيسى في السند ولهذا الحديث سند آخر وهو عن محمد بن يعقوب عــن علي بن ابراهيم عن ابيه عن

---

١) الوسائل الباب ٢٧ من أبواب الدين الحديث : ١

٢) الجواهر ج ٢٥ ص : ٣٤٢

٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الدين الحديث : ١

٤) نفس المصدر الحديث : ٢

الخامسة : يقسم المال على الديون الحالة بالتقسيط [1] ولو ظهر دين حال بعد القسمة نقضت وشاركهم [2] ومع القسمة يطلق ويزول الحجر

النوفلي عن السكوني (*١) والسند مخدوش ايضاً .

ومنها ما رواه ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الكفن من جميع المال (* ٢) ومنها ما رواه زرارة قال : سألته عن رجل مات وعليه دين بقدر ثمن كفنه قال يجعل ما ترك في ثمن كفنه الا أن يتجر عليه بعض الناس فيكفنوه ويقضى ما عليه مما ترك (* ٣) والكلام فيهما هو الكلام فلابد من اتمام الأمر بالاجماع والتسالم .

١) كما هو المستفاد من حديث غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه ان علياً عليه السلام كان يفلس الرجل اذ التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فان أبى باعه فقسم بينهم يعني ماله (* ٤) .

٢) قال في الجواهر : « اذا قسم الحاكم مال المفلس على غرمائه ثم ظهر غريم لم يكن يعلم به وليس له عين مال قد اختار الفسخ فيها نقضها بل هي انتقضت في نفسها وشاركهم الغريم » الى أن قال « لعدم صدق القسمة التي كان يأمر بها أمير المؤمنين عليه السلام » الخ (* ٥) .

وصفوة القول : ان القسمة وقعت في غير محلها اذ المفروض عدم انحصار الغرماء فيهم بل أزيد فلابد من تجديد القسمة وعلى الجملة : القسمة المستفادة من كلامه عليه السلام في حديث غياث لم تنطبق على المورد فلابد من تجديدها.

---

١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب الوصية الحديث : ١

٢ و٣) الوسائل الباب ٢٧ من ابواب الوصية الحديث : ١ و٢

٤) الوسائل الباب ٦ من أبواب الحجر الحديث : ١

٥) الجواهر ج ٢٥ ص : ٣٤٦

بالاداء[١] السادسة : الولاية في مال الطفل والمجنون والسفيه اذا بلغا كذلك للاب والجدله فان فقدا فللوصي اذا كان وصيا في ذلك فان فقد فللحاكم وفي مال السفيه والمجنون اللذين عرض عليهما السفه والجنون بعد البلوغ والمفلس للحاكم خاصة[٢]

كتاب الضمان

الضمان هو نقل المال عن ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن للمضمون له[٣].

---

١) بل الأمر كذلك ولو مع عدم القسمة وعدم الأداء اذ حجره بالنسبة الى امواله لامطلقا وعليه لامجال لهذا الكلام اذ قبل القسمة والأداء لااشكال في حجره عن التصرف في امواله التي حجر عليها وأما بعد القسمة فلا موضوع للمال كي يقال بزوال الحجر وأما بالنسبة الى ما حجر عليه فلا مقتضي للحجر عنه فلاحظ

٢) قد تعرضنا لولاية الأب والجد والحاكم تبعاً للماتن في كتاب البيع ونخبة الكلام : ان الأب والجد والوصي لهما لهم الولاية بالنسبة الى الصغير والمجنون والسفيه اللذين بلغا كذلك وأما المجنون والسفيه اللذان عرض الجنون أو السفه بعد البلوغ فولايتهما للحاكم بتقريب أنه لادليل على ولاية الأب والجد عليهما فوليهما الولي العام وهو الحاكم ، وكذلك الكلام بالنسبة الى المفلس هذاتمام الكلام في هذاالمقام والحمدلله اولاو آخراًقد وقع الفراغ عن مسائل كتاب الحجر في يوم الأربعاء الثاني والعشرين من شهر رجب من السنة ١٤٠٩ على مهاجرها وآله آلاف التحية والسلام واللعن الدائم على أعداء آل محمد من الان الى يوم الدين .

٣) هذا مذهب الامامية في الضمان فانه بهذا المعنى مأخوذ من الضمن لأنه

(مسألة ١) : يعتبر في الضمان الايجاب من الضامن والقبول من المضمون له بكل ما يدل على تعهد الاول بالدين ورضا الثاني بذلك[1].

(مسألة ٢) : الاحوط اعتبار التنجيز في عقد الضمان فالتعليق لايخلو عن اشكال[2] نعم لايبعد صحة الضمان اذا كان تعهد الضامن للدين فعلياً ولكن علق أداؤه على عدم أداء المضمون عنه فعندئذ

ينتقل ماكان في ذمة الضامن ويجعل في ذمة اخرى وأما مانسب الى اكثر العامة فهو عبارة عن ضم ذمة الى اخرى ولذا يتخير المضمون له في المطالبة فالضمان بهذا المعنى بمعنى الضم مأخوذ منه وهو عقد شرع للتعهد بالمال .

١) فان المفروض انه عقد والعقد يحتاج الى الايجاب والقبول ومن ناحية اخرى التعهد من الضامن فالايجاب من قبله والقبول من طرف المضمون له وحيث انه يتحقق بالفعل كما يتحقق باللفظ فلا يتوقف على تحققه باللفظ فقط بل لافرق بين القول والفعل من هذه الجهة .

وان شئت قلت : ان الضمان امر عقلائي وقد امضاه الشارع ولم يقيد باللفظ فيكفي فيه الفعل مضافاً الى أنه يمكن الاستدلال على المدعى باطلاق نصوص الباب .

٢) بتقريب ان الاجماع قائم على بطلان التعليق في العقود مع ما فيه من الاشكال ويمكن تقريب الاستدلال على المدعى في المقام بالقصور في المقتضي اذ مع عدم الدليل على الضمان المعلق لايجوز التعليق والظاهر انه لادليل على جوازه معلقاً لعدم اطلاق يقتضي صحته فلاحظ .

للدائن أن يطالب الضامن على تقدير عدم اداء المدين[1].

(مسألة ٣) : يعتبر في الضامن والمضمون له البلوغ والعقل والاختيار وعدم السفه والتفليس[2]

---

١) ان تم المدعى بالاجماع فهو والا فيشكل اذ مع التعهد بالفعل بالضمان فبأي وجه يؤخر الأداء فان شرط ان له حق التأخير الى ذلك الزمان يكون شرطاً مخالفاً للمقرر الشرعي فلايصح وان شرط انمضمون له لايطالب الا ذلكالوقت يصح ويجب عليه أن يؤخر الطلب لكن لو عصى وطالب فبأي مستند يؤخرولعله ناظر الى وجه لم يخطر ببالي القاصر الا أن يقال : ان السيرة جارية على النحو المذكور والشارع الأقدس امضى السيرة الجارية الخارجية والله العالم .

٢) كماهو ظاهر فان التصرف المالي يتوقف علىجوازالتصرف وعدمالحجر عنه فعلى هـذا الأساس لابد من البلوغ والعقل وعدم السفه وأما اشتراط الاختيار فلأن الصادر من المكره لاأثر له على ما هو المقرر وأما اشتراط عدم التفليسففيه انه يظهرمن الجواهر « انه لاخلاف عندنا في أنهيشترط في لزوم الضمان الملائة أو العلم من المضمون له بالأعسار والرضا به » (* ١) ويؤيد المدعى ما أرسله الصدوق قال : قال روى أنه احتضرعبدالله بن الحسن فاجتمع اليه غرماؤه فطالبوه بدينلهم فقاللهم: ما عنديما اعطيكم ولكن ارضوا بمنشئتم منأخي وبني عمي عليبنالحسين أوعبدالله بن جعفرفقال الغرماءأما عبدالله بن جعفرفملي مطول وأما علي بن الحسين فرجل لامال له صدوق وهواحبهما الينا فارسل اليه فأخبره الخبر فقال عليه السلام : أضمن لكم المال الى غلة ولميكن له غلة فقال القوم قدرضينا فضمنه فلما أتت الغلة أتاح الله تعالى له المال فأداه (* ٢) .

---

١) الجواهر ج ٢٦ ص: ١٢٨

٢) الوسائل الباب ٥ من أحكام الضمان الحديث ١

وأما في المديون فلا يعتبر شيء من ذلك فلو ضمن شخص مـا على المجنون أو الصغير من الدين صح[1]

---

١) والوجه فيه انه لا يشترط في صحة الضمان رضا المضمون عنه على ماهو المعروف عندهم ونقل عن الجواهر الاجماع بقسميه عليه ويدل على المدعى مادل من النصوص على الضمان عن الميت منها مارواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال : اذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت (* ١) .

ومنها ما رواه معاوية بن وهب قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ذكر لنا ان رجلا من الأنصار مات وعليه ديناران فلم يصل عليه النبي صلى الله عليه وآله وقال: صلوا على صاحبكم حتى ضمنها بعض قرابته، فقال أبو عبدالله عليه السلام : ذلك الحق الحديث (* ٢) .

ومنها ما رواه الحسين بن مخارق عن الصادق عن آبائه عليهم السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من ضمن لأخيه حاجة لم ينظر الله عزوجل في حاجته حتى يقضيها (*٣) .

بتقريب ان الميت لايكون قابلا لأن يرضى فيعلم انه يكفي في الصحة رضا الضامن والمضمون له وأما توقفه على رضا الضامن والمضمون له فنقول أما رضا الضامن فهو من الواضحات اذ كيف يمكن اشتغال ذمته للغير بدون اختياره ورضاه وأما اشتراط رضا المضمون له في الضمان فيمكن أن يستدل عليه بوجوه :

الأول : الاجماع بل نقل عن بعض الأصحاب انه من قطعيات الفقه .

---

١) الوسائل الباب ٢ من أحكام الضمان الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

٣) نفس المصدر الحديث : ٣

. . . .

الثاني : ان الضمان من العقود ومن الظاهر توقف العقد على الايجاب من طرف والقبول من الطرف الاخر .

الثالث : النص الخاص لاحظ حديث ابن سنان (* ١) .

وربما يقال بعدم الاشتراط وما يمكن أن يستدل بهعلى المدعى عدةنصوص منها ما روى من أن علياً عليه السلام وأبا قتاده ضمنا الدين عن الميت ولم يسئل النبي صلى الله عليه وآلهعن رضى المضمون له لاحظ ما رواه ابو سعيدالخدري قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله في جنازة فلما وضعت قال : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا: نعمدرهمان فقال صلى اللهعليه وآله صلوا علىصاحبكم فقال علي عليه السلام هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وآله فصلىعليه ثم اقبلعلى علي عليه السلام فقال: جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان اخيك (* ٢) .

وما رواه جابر بن عبدالله أن النبي صلى الله عليه وآله كان لايصلي على رجل عليه دين فأتي بجنازة فقال : على صاحبكم دين ؟ قالوا نعم ديناران فقال : صلوا على صاحبكم فقال ابو قتاده : هما علي يا رسول الله قال فصلى عليه قال : فلما فتح الله على رسوله قال : أنا أولى بالمؤمنين من انفسهم فمن ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فعلي (* ٣) .

وفيه ان السند غير معتبر فلا تصل النوبة الى ملاحظة الدلالة ومنها ما رواه ابن جهم قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين وخلف ولداً رجالا ونساءاً وصبياناً فجاء رجل منهم فقال : أنت في حل مما لأبي عليك

---

١) لاحظ ص : ٢٥٠

٢) المستدرك الباب ٣ من أبواب الضمان الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث : ٤

. . . .

من حصتي وأنت في حل مما لأخوتي وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك قال : يكون في سعة من ذلك وحل (* ١) .

والظاهر من الحديث تحقق الأبراء بابراء الضامن وهـذا مخالف للاجماع ومن ناحية اخرى انه ضمن رضاهم وهذا ليس من الضمان المصطلح وتأويله بالضمان المصطلح بدون رضاهم ليس بأولى من ضمانه برضاهم ولكن لابينة له على ذلك وبعبارة اخرى يمكن أن يكون ضمانه باجازتهم ورضاهم ولكن لايمكنه اثبات دعواه على ذلك والحاصل ان ظاهر الرواية ليس قابلا للالتزام به فلابد من تأويله فيمكن تأويله بنحو ينطبق على المدعى .

ومنها ما رواه الخثعمي عن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت له : الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن فقال: لايأخذ الا أن يكون له وفاء قال : قلت أرأيت ان وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه ؟ قال نعم (* ٢) .

وهذه الرواية بظاهرها تدل على جواز الأخذ من مال الوديعة بدون اذن من صاحبها وهل يمكن الالتزام به مضافاً الى أن الضمان كما مر عبارة عن النقل من ذمة الى ذمة والمستفاد من الحديث تعهد الضامن اول الأمر فلا ترتبط بالمقام وقال صاحب الجواهر قدس سره : « انها تحمل على صورة اذن المودع بالأخذ في الصورة المفروضة » (* ٣) .

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون

---

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب احكام الضمان الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٨ من أحكام الوديعة الحديث : ١

٣) الجواهر ج ٢٦ ص : ١٢٦

(مسألة ٤) : اذا دفع الضامن ماضمنه الى المضمون له رجع به الى المضمون عنه اذا كان الضمان بطلبه[1] والا لم يرجع[2]

عليه دين فحضره الموت فقال وليه : علي دينك قال: يبرؤه ذلك وان لم يوفه وليه من بعده وقال : ارجو أن لايأثم وانما اثمه على الذي يحبسه (*١) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث تحقق الضمان بلا رضا المضمون له ولا يبعد أن يقال : ان الحديث مطلق ويقيد بمادل على اشتراط الضمان برضا المضمون له وان لم يكن قابلا للتقييد يرد علمه الى اهله .

وصفوة القول : انه لايمكن الالتزام بعدم اشتراط رضا المضمون له قال في الجواهر في هذاالمقام : « فمن الغريب وسوسة بعض متأخر المتأخرين في الحكم المزبور لذلك مماهو غير صالح لمعارضة بعض ماعرفت خصوصاً بعدكون المسألة من قطعيات الفقه وضرورياته بل لعل الوسوسة فيها جهل بمذاق الفن ومذاق الشرع »(* ٢) .

١) لاحترام عمل المسلم وان شئت قلت : لااشكال في الضمان فيما يكون الضمان بطلب المضمون عنه .

٢) لعدم المقتضي للرجوع وأما حديث حسين بن خالد قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام : جعلت فداك قول الناس الضامن غارم قال: فقال: ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل المال (* ٣) فعلى فرض دلالته على جواز الرجوع ولو مع عدم الطلب يقيد بالاتفاق على عدم جواز الرجوع بدون الطلب مضافاً الى ان السند مخدوش .

---

١) الوسائل الباب ١٤ من ابواب الدين الحديث : ٢

٢) الجواهر ج ٢٦ ص : ١٢٦

٣) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام الضمان الحديث : ١

(مسألة ٥) : اذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن عن تمام الدين برئت ذمته[١] ولا يجوز له الرجوع الى المضمون عنه[٢] واذا ابرأ ذمته عن بعضه برئت عنه ولا يرجع الى المضمون عنه بذلك المقدار[٣] واذا صالح المضمون له الضامن بالمقدار الاقل فليس للضامن مطالبة المضمون عنه الا بذلك المقدار دون الزائد وكذا الحال لو ضمن الدين بمقدار اقل من الدين برضا المضمون له[٤] والضابط ان الضامن

بقي شيء وهو ان المستفاد من كلامهم ان الضامن ليس له الرجوع الى المضمون عنه الا بعد الأداء ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه عمر بن يزيد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه قال : ليس له الا الذي صالح عليه (* ١) ، فان المستفاد من الحديث انه يجوز الرجوع بالمقدار الذي صالح عليه لكن لا يستفاد من الحديث انه لا يحصل الاشتغال الا بالأداء بل المستفاد من الحديث انه لا يحصل الاشتغال الا بهذا المقدار .

وبعبارة اخرى المستفاد من الحديث ان الضمان بالمقدار المتصالح عليه وان لم يؤده فاشتراط الضمان بالأداء من باب التسالم والاتفاق الحاصل بين الأصحاب

١) بلا اشكال ولا كلام فان الأبراء يوجب البرائه .

٢) قال في الجواهر : « فاذا ابرءه برءا معاً وان كان الضمان بالاذن لعدم استحقاق الرجوع عليه الا بالاداء الذي قد انتفى محله بالأداء فينتفي الحق عنه للضامن الذي قد فرضنا برائة ذمته من المضمون له » (* ٢) .

٣) بعين الملاك .

٤) لاحظ حديث عمر بن يزيد .

---

١) الوسائل الباب ٦٦ من ابواب احكام الضمان الحديث : ١

٢) جواهر الكلام ج ٢٦ ص : ١٢٧

لايطالب المضمون عنه الا بما خسر دون الزائد ومنه يظهر انه ليس له المطالبة في صورة تبرع اجنبي لاداء الدين[١].

(مسألة ٦) : عقد الضمان لازم فلا يجوز للضامن فسخه ولا للمضمون له[٢].

(مسأله ٧) : يشكل ثبوت الخيار لكل من الضامن والمضمون له بالاشتراط[٣] او بغيره[٤].

(مسألة ٨) : اذا كان الدين حالا وضمنه الضامن مؤجلا فيكون الاجل للضمان لا للدين[٥] فلو أسقط الضامن الاجل وادى الدين حالا

---

١) لايبعد أن يكون الحكم متسالماً عليه عندهم كما انه لايبعد ان يستفاد الحكم من حديث عمر بن يزيد .

٢) لوجوب الوفاء بالعقود المستفاد من قوله تعالى « اوفوا بالعقود » (*١)

٣) قد مر الكلام حول ثبوت الخيار بالاشتراط في العقود في كتاب البيع وانه هل يجري الخيار بالاشتراط في الضمان أم لا فراجع ما ذكرناه هناك .

٤) الخيار تارة يشترط بالاشتراط الاستقلالي الصريح واخرى بالشرط الارتكازي الضمني وأما ثبوته بغير الاشتراط فلا أدري ما المراد منه نعم يمكن أن يكون مراد الماتن الخيار التعبدي وحيث انه لادليل عليه فلاخيار لابالاشتراط ولا بالتعبد .

٥) كما هو ظاهر بالتأمل اذ لاوجه لصيرورة الحال مؤجلا فيكون التأجيل في الضمان لافي الدين .

---

١) المائدة/١

فله مطالبة المضمون عنه كذلك[١] وكذا اذا مات الضامن قبل انقضاء الاجل المذكور[٢] واذا كان الدين مؤجلا وضمنه كذلك ثم أسقط الاجل وأدى الدين حالا فليس له مطالبة المضمون عنه قبل حلول الاجل[٣] وكذا الحال اذا مات الضامن في الاثناء فان المضمون له يأخذ المال المضمون من تركته حالا ولكن ليس لورثته مطالبة المضمون عنه قبل حلول الاجل[٤] واذا كان الدين مؤجلا وضمنه حالا باذن المضمون عنه وادى الدين فالظاهر جواز الرجوع اليه بعد اداء الدين لانه المتفاهم العرفي من اذنه بذلك[٥].

---

١) اذ المفروض حلول الدين ومن ناحية اخرى المفروض ان الضامن ادى الدين فله مطالبة المضمون عنه .

٢) فان المديون اذا مات يصير المؤجل حالا فبعد أداء الدين يجوز مطالبة المضمون عنه .

٣) اذ لاوجه لجواز المطالبة فان المفروض كون الدين مؤجلا .

٤) فانه بالموت يصير المؤجل حالا فيكون للمضمون له أخذه من التركة ولكن لايجوز الرجوع على المديون اذ المفروض ان الدين مؤجل ولا وجه لصيرورته حالا .

٥) الظاهر ان ما افاده تام فانه المتفاهم من اللفظ عرفاً ولكن نقل عن بعض الأعيان عدم جواز ضمان المؤجل حالا وقد ذكرت في تقريب عدم الجواز وجوه: الأول : انه ضمان مالا يجب . الثاني : ان الفرع لايرجح على الأصل . الثالث ان الضمان نقل الدين على ما هو عليه .

ورد الوجه الأول بأن اصل الدين حال والتأجيل من التوابع ويسقط برضا

(مسألة ٩) : اذا كان الدين مؤجلا وضمنه باقل من أجله كما اذا كان اجله ثلاثة اشهر مثلا وضمنه بمدة شهر وأداه بعد هذه المدة وقبل حلول الاجل فليس له مطالبة المضمون عنه بذلك قبل انقضاء الاجل الاول وهو اجل الدين(١) واذا ضمنه بأكثر من اجله ثم اسقط الزائد واداه فله مطالبة المضمون عنه بذلك(٢) وكذا الحال اذا مات الضامن بعد انقضاء اجل الدين وقبل انقضاء المدة الزائدة(٣).

(مسألة ١٠) : اذا احتسب المضمون له مـا على ذمة الضامن

الطرفين ، والثاني بأنه لادليل عليه وان شئت قلت : انه وجه استحساني لابرهاني والثالث بأن الضمان نقل الدين وأما وصفه مـن الحلول والتأجيل فلا دليل على لزوم رعايته والاطلاقات تشهد بعدم اعتباره والاشكال كل الاشكال في الاطلاق فان الظاهر ـ والله العالم ـ انه ليس في نصوص الباب ما يكون مطلقاً من هذه الجهات فلاحظ .

نعم حيث ان الضمان من العقود الامضائية فيكون كل ضمان عقلائي جايزاً الا مـا قام الدليل على فساده وبعبارة اخرى مقتضى الاطلاق المقامي جواز الضمان العرفي الا أن يقوم الدليل على خلافه والله العالم .

١) اذ المفروض عدم انتهاء أجل الدين فلا وجه لمطالبة المضمون عنه .

٢) الأمر كما افاده فان المفروض انتهاء الأجل المقرر اولا فله مطالبة المضمون عنه .

٣) فانه بموته يصير التأجيل الثاني حالا والمفروض انتهاء التأجيل الأول فيجوز الرجوع الى المضمون عنه والسيرة الخارجية جارية على هذه الأقسام وممضاة من قبل الشارع الأقدس .

خمساً أوزكاة باجازة من الحاكم الشرعي أوصدقة فالظاهر ان للضامن أن يطالب المضمون عنه بذلك[١] وكذا الحال اذا أخذه منه ثم رده اليه بعنوان الهبة أونحوها[٢] وهكذا اذا مـات المضمون له وورث الضامن مافي ذمته[٣].

(مسألة ١١): يجوز الضمان بشرط الرهانة من المضمون عنه[٤].

(مسألة ١٢): اذا كان على الدين الثابت في ذمة المضمون عنه رهن فهو ينفك بالضمان[٥].

(مسألة ١٣): اذا ضمن شخصان مثلا عن واحد فلا يخلو من أن يكون اما بنحو العموم المجموعي أوبنحو العموم الاستغراقي فعلى

---

١) اذا قلنا بأن المال يدخل في ملك الضامن ثم يخرج يتم ما في المتن اذ عليه يحصل الخسران فيجوز أن يطالب المضمون عنه وأما اذا لم يكن كذلك وقلنا: بتحقق الاحتساب بدون دخول المال في ملك الضامن فيشكل مـا افاده في المتن اذ عليه لاخسران على الضامن فليس له المراجعة.

٢) اذ لااشكال في صدق الخسارة في هذه الصورة.

٣) فان الضامن يملك ما في ذمة نفسه بالارث ثم يخرج ويسقط فله الرجوع الى المضمون عنه.

٤) فانه شرط جايز فيجب بمقتضى الشرط وبعبارة اخرى يشترط في الضمان الرهن فالمشروط عليه يرهن بعد عقد الضمان بمقتضى وجوب الشرط كما أنه يمكن تصويره على نحو شرط النتيجة.

٥) والوجه فيه ان الرهن وثيقة للدين ولا دين على المضمون عنه بعد الضمان بالنسبة الى المضمون له فلا مجال لبقاء الرهن على حاله.

الاول يقسط الدين عليهما[1] وعلى الثاني يكون كل واحد منهما ضامناً على نحو تعاقب الايدي وعليه فاذا أبرأ المضمون له ذمة احدهما بخصوصه برئت ذمته دون الاخر[2]

(مسألة ١٤) : اذا كان مديوناً لشخصين صح ضمان شخص لهما أو لاحدهما المعين ولا يصح ضمانه لاحدهما لا على التعيين . وكذا الحال اذا كان شخصان مديونين لواحد فضمن عنهما شخص

---

١) الأمر كما افاده فان مقتضى ضمان كل واحد بنحو المجموع التقسيط وان شئت قلت مرجعه الى ضمان كل واحد منهما نصف الدين .

٢) تارة يكون ضمانهما دفعة واخرى يكون على نحو التعاقب أما على الأول فتارة يقبل المضمون له واحداً معيناً منهما واخرى يقبل كليهما أما على الأول فيصح ما قبله وأما على الثاني فالظاهر بطلانهما فان صحة كليهما غير معقول ومن ناحية اخرى ترجيح احدهما على الاخر لايمكن لعدم المرجح فالنتيجة بطلانهما .

ومما ذكر يظهر حكم ما يكون ضمانهما على نحو التعاقب وأما الالتزام بالصحة وقياس المقام على باب تعاقب الأيدي قياس مع الفارق اذ يتصور تعدد الضمان ثبوتاً كما في تعاقب الأيدي بأن يكون الضامن الجامع بين الأفراد فلا يتوجه اشكال عدم المقتضي لكون البدل متعدداً مع كون المبدل واحداً فينحل الاشكال بالالتزام بكون الضامن هو الجامع فيجوز للمضمون له الرجوع الى كل واحد من أفراد ذلك الكلي .

وفي المقام ايضاً يتصور لكن الظاهر انه لادليل عليه الا أن يقال: بأن الضمان بهذا النحو أمر دائر بين العقلاء وابناء المحاورة والشارع الأقدس امضى ما يجري بينهم وهل يمكن اثبات جريان السيرة عليه كي يثبت المدعى بالامضاء ؟ فلاحظ.

فان كان ضمانه عنهما أو عن أحدهما المعين صح وان كان عن أحدهما لاعلى التعيين لم يصح[١].

(مسألة ١٥) : اذا كان المديون فقيراً لم يصح أن يضمن شخص عنه بالوفا من الخمس أو الزكاة أو المظالم ولا فرق في ذلك بين أن تكون ذمة الضامن مشغولة بها فعلا أم لا[٢].

---

١) ما افاده تام فان المردد لاواقع له فلا يصح ضمان واحد لاعلى التعيين وأما ضمان المعين فلا مانع منه كما ان الضمان عن المتعدد أو للمتعدد صحيح .

٢) لعدم الدليل على الجواز وبعبارة اخرى : لادليل على جواز تبديل الدين بالخمس أو الزكاة أو المظالم .

وبعبارة واضحة : تارة يكون المراد نقل الدين من ذمة الفقير الى مصرف الخمس أوغيره بأن يكون المتعهد المصرف الخاص، واخرى يكون المراد النقل الى ذمة الضامن ويكون الأداء من الحق الخاص وثالثة بأن يكون المراد التعهد بالأداء والوفاء من الحق الخاص من دون اشتغال ذمته بالمال .

أما الأول فتتوقف صحته على هذه الولاية بأن نقول لكل احد أن ينقل الدين من ذمة المضمون عنه الى مصرف الخمس أو الزكاة ولا دليل عليه .

مضافاً الى أن الوظيفة دفع الخمس والزكاة وامثالهما الى المستحق وبغير هذا النحو لايتحقق الامتثال .

وأما الثاني فلادليل على تعيين الأداء من الوجوه المذكورة بل مقتضى الدليل عدم جواز الاداء اذ لامقتضي لجواز تبرئة ذمة الضامن من الوجوه المذكورة فانها بمقتضى الدليل لها مصارف خاصة فلاوجه لصرفها في اداء دين الضامن .

وأما الثالث فلا يرتبط بباب الضمان فانه وعد يجب العمل به لااشتغال لذمة المتعهد وبعبارة واضحة: الضمان نقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وفي المقام لاينتقل الدين الى ذمة غير المديون فلاحظ .

(مسألة ١٦) : اذا كان الدين الثابت على ذمة المدين خمساً أو زكاة صح أن يضمن عنه شخص الحاكم الشرعي أو وكيله[١] .

(مسألة ١٧) : اذا ضمن شخص في مرض موته صح الضمان ويخرج المال المضمون من اصل تركته سواء كان الضمان باذن المضمون عنه أم لا[٢] .

(مسألة ١٨) : يصح أن يضمن شخص للمرأة نفقاتها الماضية[٣] وأما ضمانه لنفقاتها الاتيه ففي صحته اشكال[٤] وأما نفقة الاقارب فلايصح ضمانها بلااشكال[٥] .

---

١) فان الحاكم ولي الفقراء والسادة فيجوز أن يضمن له ضامن لمدين بالخمس أو الزكاة وبعبارة اخرى : المرجع في الخمس والزكاة الحاكم والأمر بيده فيجوز أن يصير مضموناً له .

٢) أما في صورة الاذن من المضمون عنه فلكونه من ديونه فيخرج من الأصل فان الديون تخرج من الأصل وأما مع عدم الاذن فان منجزات المريض تخرج من الأصل كما هو المقرر في منجزات المريض .

٣) بتقريب ان الذمة مشغولة بالنسبة الى النفقات الماضية فيصح الضمان بالنسبة اليها فانها من مصاديق الدين فلاحظ .

٤) وجه الاشكال: ان الضمان نقل الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فمادام لايكون الضمان متحققاً لايصح الضمان وقد تقدم ان الضمان التعليقي محل الاشكال والكلام.

٥) بدعوى انه ليس هناك الا التكليف المحض فلا موضوع للضمان .

(مسألة ١٩) : يصح ضمان الاعيان الخارجية بمعنى كون العين في عهدة الضامن فعلا وأثر ذلك وجوب ردها مع بقاء العين المضمونة ورد بدلها من المثل أو القيمة عند تلفها ومن هذا القبيل ضمان شخص عهدة الثمن للمشتري اذا ظهر المبيع مستحقاً للغير أو ظهر بطلان البيع من جهة اخرى والضابط : ان الضمان في الاعيان الخارجية بمعنى التعهد لا بمعنى الثبوت في الذمة فهو قسم آخر من الضمان[1].

---

١) كتب الماتن في هامش العروة تفصيلا وهذا نص عبارته : « الظاهر فيه التفصيل فان المنشأ اذا كان هو التعهد الفعلي للعين المضمونة ليترتب عليه ردها مع بقائها ودفع البدل عند تلفها فلا بأس به للعمومات ولاسيما انه متعارف في الخارج واذا كان اشتغال الذمة بالبدل فعلا على تقدير تلفها واشتغال ذمة الضامن الأول به متأخراً فهو واضح الفساد بل صحته غير معقولة واذا كان اشتغال الذمة بعد اشتغال ذمة الضامن الأول به على نحو الواجب المشروط فصحته مبتنية على عدم اعتبار التنجيز » الى آخر كلامه .

والذي يختلج بالبال في المقام أن يقال: ان تم اجماع تعبدي على الجواز فهو كما انه لو ثبت كونه أمراً خارجياً متعارفاً بين العقلاء يمكن الالتزام بالجواز من باب الامضاء الشرعي حيث ان الضمان من العقود الامضائية فاذا لم يتعرض الشارع الأقدس لفساده يكشف انه امضاه أما لو لم يكن كذلك فيشكل الالتزام بالجواز والظاهر انه ليس في العمومات ما يدل على جوازه أما قوله تعالى «اوفوا بالعقود» فقد ذكرنا انه ناظر الى اللزوم ولا تعرض فيه للصحة وأما قوله تعالى « تجارة عن تراض » فلا تصدق التجارة على الضمان التبرعي بلا اشكال وأما الضمان مع الاذن من المضمون عنه فصدق التجارة عليه اول الكلام والاشكال وقد سبق في بعض المباحث السابقة احتمال اختصاص التجارة بما لها من المفهوم بخصوص البيع .

(مسألة ٢٠) : يشكل صحة ضمان ما يحدثه المشتري في الارض المشتراة من بناء أو غرس أو نحو ذلك اذا ظهر كونها مستحقاً للغير[١].

(مسألة ٢١) : اذا قال شخص لاخر ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه فالقاه ضمنه[٢] سواء كان لخوف غرق السفينة أو لمصلحة اخرى من خفتها أو نحوها وهكذا اذا أمره باعطاء دينار مثلا لفقير أو بعمل لاخر أو لنفسه فانه يضمن اذا لم يقصد المأمور المجانية[٣].

مضافاً الى أن ضمان العين قبل التلف لايكون داخلا في الضمان المتعارف وضمان بدله بعد التلف يدخل في التعليق الموجب للبطلان وأما النصوص الواردة في المقام فالظاهر انه ليس فيها مابعمومه أو اطلاقه يشمل المقام فلاحظ والله العالم

١) الوجه في الاشكال انه من اقسام ضمان مالم يجب وبعبارة اخرى الضمان نقل الدين من ذمة الى ذمة والمفروض ان ذمة البايع غير مشغولة فلايصح الضمان عنه الاعلى القول بجواز ضمان مالم يجب ويظهر من الجواهر ان القائل بالجواز الشهيدان (* ١) .

٢) فان استيفاء عمل الغير مع الضمان يوجب الضمان عند العقلاء وبعبارة اخرى : ان المأمور بأمر الضامن والتزامه به أتلف ماله كما لو أمره بالضيافة مع الالتزام بالضمان ولك أن تقول : لااشكال في تحقق الضمان عند العقلاء في أمثال المقام والشارع الأقدس امضاه فلاحظ .

٣) لوحدة الملاك فان عمله محترم على كل تقدير فالمقتضي للضمان موجود والمانع مفقود فيتحقق الضمان بفعل المأمور الا أن يقصد المجانية فلاوجه للضمان كما هو ظاهر .

---

١) جواهر الكلام ج ٢٦ ص : ١٤٩

(مسألة ٢٢) : اذا اختلف الدائن والمدين في اصل الضمان كما اذا ادعى المديون الضمان وانكره الدائن فالقول قول الدائن وهكذا اذا ادعى المديون الضمان في تمام الدين وانكره المضمون له في بعضه[١].

(مسألة ٢٣) : اذا اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان أو في مقداره أو في اشتراط التعجيل اذا كان الدين مؤجلا فالقول قول الضامن[٢] واذا اختلفا في اشتراط التأجيل مع كون الدين حالا أو في وفائه للدين أو في ابراء المضمون له قدم قول المضمون له[٣].

(مسألة ٢٤) : اذا اختلف الضامن والمضمون عنه في الاذن وعدمه أو في وفاء الضامن للدين أو في مقدار الدين المضمون أو في اشتراط شيىء على المضمون عنه قدم قول المضمون عنه[٤].

(مسألة ٢٥) : اذا أنكر الضامن الضمان ولكن استوفى المضمون له الحق منه باقامة بينة فليس له مطالبة المضمون عنه لاعترافه بأن

---

١) اذ مقتضى الأصل عدم الضمان فالقول قول منكره .

٢) لأن قول الضامن في الموارد المذكورة موافق مع الاصل فالقول قوله .

٣) اذقول المضمون له في الموارد المذكورة موافق مع الاصل فالقول قوله على ما هو المقرر .

٤) فان قول المضمون عنه موافق مع الأصل في الموارد المذكورة فليس عليه الا اليمين .

المضمون له أخذ المال منه ظلما[1]

(مسألة ٢٦) : اذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له وحلف فليس للضامن الرجوع الى المضمون عنه اذا لم يصدقه في ذلك[2].

كتاب الحوالة

الحوالة هي تحويل المدين ما في ذمته من الدين الى ذمة غيره باحالة الدائن عليه[3].

(مسألة ١) : يعتبر في الحوالة الايجاب من المحيل والقبول

---

١) الظاهر ان الامر كما افاده فان الاقرار نافذ على المقر فلاأثر للبينة بالنسبة الىجواز رجوعه الى المضمون عنه اذ المفروض انه مقر بعدم ضمان المضمون عنه .

٢) اذ الرجوع فرع الوفاء ومع عدمه لامجال للرجوع وعلى الجملة : لاتشتغل ذمة المضمون عنه الابعد اداء الضامن والمفروض عدم ثبوته بل مقتضى الاصل عدمه والله العالم قد وقع الفراغ من شرح كتاب الضمان في اليوم السبت العاشر من شهر شعبان المعظم سنة ١٤٠٩ علىمهاجرها وآله آلاف التحية والثناء

٣) عن المحقق قدس سره تعريف الحوالة بأنها عقد شرع لتحويل المالمن ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ونقل انه حيث ان هذ التعريف لايشمل الحوالة على البريء والعلامة يرى صحتها عدل فيالقواعد عن هذا التعريف الى تعريفها بقوله « وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى اخرى » .

من المحال[1]

---

١)لااشكال في أن الحوالة من العقود فيحتاج الى الايجاب والقبول ومن الظاهر ان الايجاب من المحيل والقبول من المحال وأما المحال عليه فقد وقع الكلام بينهم في أن قبوله دخيل في العقد أم لا؟ وربما يستدل على الاشتراط بأن دليل صحة الحوالة الاجماع ولا اجماع على الصحة الا مع قبول المحال عليه . واجيب عن هذا التقريب بأنه يكفي للصحة ولو مع عدم رضا المحال عليه العمومات الأولية واطلاق خصوص ما ورد في باب الحوالة والظاهر ان هذا الجواب غير تام اذ المراد بالعموم اما قوله تعالى اوفوا بالعقود (* ١) واما قوله تعالى تجارة عن تراض (* ٢) .

اما آية وجوب الوفاء بالعقود فقد ذكرنا انها ناظرة الى اللزوم وغير ناظرة الى مقام الصحة وأما آية التجارة فاطلاقها يتوقف على عدم اختصاص التجارة بخصوص البيع وأما مع اختصاصها به ولو احتمالا فلا مجال للاستدلال بها على المدعى كما هو ظاهر وأما اطلاق دليل الحوالة فالظاهر انه لااطلاق في نصوص الباب من هذه الناحية .

ومما يمكن الاستدلال به على المدعى ان اثبات المال في ذمة الغير يتوقف على رضاه وبعبارة اخرى التصرف في ذمة الغير بلا رضاه خلاف السلطنة فلا يجوز وفيه انه لاتصرف في ذمة الغير بل الحوالة عبارة عن تبديل المحيل بالمحال وبعبارة اخرى يقوم المحال مقام المحيل نعم في الحوالة على البريء اثبات شيء في ذمته ولا اشكال في توقفه على رضاه .

ومما يمكن الاستدلال به على المدعى استصحاب بقاء ما في ذمة المحال

---

١) المائدة/١

٢) النساء/٢٩

بكل ما يدل عليها من لفظ أو فعل أو كتابة[1].

(مسألة ٢) : يشترط في المحيل و المحال والمحال عليه البلوغ والعقل و الرشد[2] كما يعتبر فيهم عدم التفليس[3] الا في الحوالة على البريء فانه يجوز فيها أن يكون المحيل مفلسا أو سفيها[4]

للمحيل وفيه انه لامجرى للاستصحاب مع وجود الدليل ان التزمنا به مضافاً الى عدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكمية .

١) اذ الميزان بصدق عنوان الحوالة وهذا العنوان يتحقق باللفظ تارة وبالفعل اخرى وبالكتابة ثالثة .

٢) فان هذه الشرائط ثابتة في جميع العقود وفي المقام لااشكال فى اعتبارها في المحيل والمحال وأما المحال عليه فان كان بريئاً لااشكال في اعتبارها فيه وأما اذا لم يكن بريئاً فــلا أرى وجهاً لاعتبارها فيه اذ المحال عليه غير البريء مديون للمحيل وما في ذمته مملوك للمحيل واختياره بيده فلاوجه لاشتراط البلوغ والعقل والرشد فيه لعدم المقتضي للاعتبار نعم على القول باعتبار قبوله ورضاه في العقد يمكن الالتزام بالاشتراط لكن الماتن لايرى قبوله ورضاه معتبراً فيه كما يظهر من هامشه على العروة فلا أدري ماالوجه في الاشتراط .

٣) الكلام فيه هو الكلام فان اشتراط عدم التفليس في المحيل والمحال على القاعدة اذ مقتضى التفليس عدم جواز تصرف المفلس في مملوكه وأما في المحال عليه فلاوجه لاعتبار عدمه فيه اذ المفروض انه مديون والمفلس لايمكنه التصرف في أمواله وأما الحوالة عليه فلا تنافيه .

٤) لأن الحوالة على البريء لايكون تصرفاً في المملوك فلا يكون التفليس ولا السفه مانعاً عن التصرف .

ويعتبر في المحيل والمحال الاختيار[1] وفي اعتباره في المحال عليه اشكال والاظهر عدم الاعتبار[2] الافي الحوالة على البريء أو بغير الجنس فيعتبر عندئذ قبول المحال عليه برضاه واختياره[3].

(مسألة ٣) : يعتبر في الحوالة أن يكون الدين ثابتاً في ذمة المحيل فلاتصح الحوالة بما سيستقرضه[4].

(مسألة ٤) : يشترط في الحوالة أن يكون المال المحال به معيناً فاذا كان شخص مديناً لاخر بمن من الحنطة ودينار لم يصح أن يحيله بأحدهما من غير تعيين[5].

(مسألة ٥) : يكفي في صحة الحوالة تعين الدين واقعاً وان لم

---

١) على ما هو المقرر من كون الاكراه مانعاً عن صحة التصرف .

٢) وقد مر الكلام حوله والذي يختلج ببالي القاصر في هذه العجالة ان يستدل على عدم اشتراط قبوله بالسيرة الخارجية العقلائية فان الظاهر ان العقلاء لايرون رضا المحال عليه معتبراً في صحة الحوالة والله العالم .

٣) اذ المفروض عدم اشتغال ذمته فلا تشتغل ذمته الا برضاه واختياره هذا بالنسبة الى البريء وأما بالنسبة الى غير البريء فلا تجوز الحوالة الا مع رضا المحال عليه اذ المفروض تبديل ما في ذمته فلابد من رضاه .

٤) استدل على المدعى تارة بالاجماع واخرى بعدم صدق مفهوم الحوالة مع عدم الدين الثابت في ذمة المحيل فان التحويل والتحول يتوقفان على وجود شيء في محل كي ينقل الى محل آخر .

٥) فان المردد لاواقع له فلا مجال لتحقق الحوالة به فلاحظ .

يعلم المحيل والمحال بجنسه أومقداره حين الحوالة فاذاكان الدين مسجلا في الدفتر فحوله المدين على شخص قبل مراجعته فراجعـه وأخبر المحال بجنسة ومقداره صحت الحوالة[١].

(مسألة ٦) : للمحال أن لايقبل الحوالة وان لم يكن المحال عليه فقيراً ولا مما طلا في أداء الحوالة[٢] .

(مسألة ٧) : لايجوزللمحال عليه البريء مطالبة المال المحال به من المحيل قبل ادائه الى المحال[٣]

---

١) فـان المتعين الواقعي لايكون مصداقاً للمردد بل يباينه فيجوز وبعبارة اخرى لافرق في تحقق الحوالة بمالها من المفهوم بين كون الدين معلوماًبالتفصيل وبين كونه معلوماً بالاجمال .

٢) لعدم دليل على كون القبول واجباً عليه .

٣) تارة يقع الكلام في جواز صحة الحوالة على البريء وعدمه واخرىفي أنه بعد فرض الجواز هل يجوز للمحال عليه مطالبة المال قبل الأداء أملا ؟ فيقـع الكلام في موردين :

أما الموردالأول فنقول يظهرمن كلام الجواهران الجواز مشهور وعنالسرائر الاجماع عليه مضافاً الى السيرة الجارية في الخارج (* ١) ولا يبعد تحققالسيرة على جريانها .

وأما المورد الثاني فـلا يبعد أن تكون الحوالة على البريء بعد قبولها من قبله من مصاديق الضمان فان الانصاف انه لافـرق بينهما بحسب الواقع وانمـا الخلاف لفظي ومجـرد الاختلاف اللفظي لايوجب تغييـر الأحكام فلا مجال لأن

---

١) الجواهر ج ٢٦ ص : ١٦٥

واذا تصالح المحال عليه على أقل من الدين لم يجز أن ياخذ من المحيل الا الاقل[١].

(مسألة ٨) : لافرق في المال المحال به بين أن يكون عيناً في ذمة المحيل أومنفعة أوعملا لايعتبر فيه المباشرة كخياطة ثوب ونحوها بل ولو مثل الصلوة والصوم والحج والزيارة والقرائة وغير ذلك[٢]

يقال الهبة المعوضة تشبه البيع ومع ذلك لايترتب عليها احكامه فان القياس مع الفارق لأن البيع تمليك عين بعوض وبمجرد تحققه يصير البايع مالكاً للثمن والمشتري مالكاً للمثمن وأما الهبة المعوضة فيمكن تحققها والحال ان الواهب لايملك شيئاً قبل تحقق الشرط وأما في المقام فلا يتصور في البريء المحال عليه بعدقبوله غير الضمان فعليه لايجوز المطالبة قبل الأداء كما ان الضمان كذلك وقدمر الكلام حوله مضافاً الى أنه لادليل على جواز المطالبة قبل الأداء .

١) كما ان الضمان كذلك وقدسبق في الضمان مضافاً الى أنه لادليل على جواز اخذ الأكثر .

٢) ان ثبت اجماع تعبدي على الجواز في الموارد المذكورة في هذاالفرع فهو والا يشكل الجزم بالجواز اذ العمومات الاولية لامجال للاستدلال بها على المدعى كما مر وفي نصوص الباب ليس ما يكون قابلا للاستدلال به على الجواز على الاطلاق فلابد امامن قيام اجماع تعبدي كاشف واما من جريان السيرة الخارجية .

ولقائل أن يقول : انه لامانع من الاخذ باطلاق حديث أبي أيوب انه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه ؟ قال لايرجع عليه

ولافرق في ذلك بين أن تكون الحوالة على البريء أو على المشغول ذمته[١] كما لافرق بين أن يكون المال المحال به مثلياً أو قيمياً[٢] .

(مسألة ٩) : الحوالة عقد لازم فليس للمحيل والمحال فسخه[٣]

ابداً الا أن يكون قد افلس قبل ذلك (* ١) .

فان مقتضى اطلاق هذا الحديث شمول الحكم للموارد المذكورة فلاحظ. الا أن يقال : ان الحديث ناظر الى مورد تمامية الحوالة وتحققها فلا يشمل المقام اذ تماميتها على نحو الاطلاق اول الكلام والاشكال وبعبارة اخرى: الرواية ناظرة الى مورد تحقق الحوالة التامة شرعاً وتماميتها في المصاديق المشتبهة اول الكلام لكن يمكن أن يقال : انه لاوجه للاشكال فانه لو صدق الموضوع خارجاً يترتب عليه الحكم فاذا تمت مقدمات الاطلاق يؤخذ به بأن يقال : مقتضى الاطلاق ترتب الحكم الشرعي على ما وقع في الخارج فيشمل جميع مصاديق الموضوع فلاحظ .

بل لايبعد أن يقال : ان العرف يفهم من جواز الحوالة في بعض الموارد جوازها في جميعها بتقريب انه يفهم انه لافرق بينها من هذه الحيثية .

١) فعلى القول بالجواز في الحوالة على البريء تجري الامور المذكورة .

٢) ربما يقال: بأنها لاتصح في القيمي للجهالة . وفيه اولا : ان الجهالة لاتضر بصحة الحوالة بل التعيين الواقعي يكفي كما مر وثانياً : سلمنا كون الجهل موجباً للفساد لكن هذا لايوجب الحكم بالفساد على الاطلاق فان القيمي الثابت في الذمة أمر كلي قابل للمعرفة بالتوصيف .

٣) فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقود لزومها .

---

١) الوسائل الباب ١١ من ابواب الضمان الحديث : ١

نعم لو كان المحال عليه معسراً حين الحوالة وكان المحال جاهلا به جاز له الفسخ بعد علمه بالحال[١] وان صار غنياً فعلا[٢] وأما اذا كان حين الحوالة موسراً أو كان المحال عالماً باعساره فليس له الفسخ[٣]

(مسألة ١٠) : يجوز جعل الخيار لكل من المحيل والمحال والمحال عليه[٤].

(مسألة ١١) : لو ادى المحيل نفسه الدين فان كان بطلب من

---

١) الظاهر ان الوجه فيه اشتراط الخيار بمقتضى الشرط الضمني الارتكازي وقد تقدم الاشكال في جعل الخيار الا في مورد يثبت الجواز بالاجماع أو النص اذ قد ذكرنا مراراً ان دليل الشرط لايكون مشرعاً فلابد من اثبات الجواز في الرتبة السابقة وأما حديثا أبى ايوب (* ١) ومنصور بن حازم قال سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه ؟ قال لايرجع عليه ابداً الا أن يكون قد افلس قبل ذلك (* ٢) ، فالمستفاد منهما انه لايجوز الرجوع على المحيل الا فيما يكون مفلساً قبل الحوالة فلا يرتبطان بالمقام اللهم الا أن يتم الأمر بالاجماع والتسالم او السيرة وهل يمكن اثباته بهذه التقاريب؟ والله العالم .

٢) اذ بعد ثبوت الخيار لاوجه لسقوطه .

٣) لعدم اشتراط الخيار أما في الصوره الأولى فلأن المفروض عدم الأعسار فلا يثبت الخيار وأما في الصورة الثانية فلأنه مع العلم بالأعسار لاموضوع للاشتراط .

٤) قد مر الاشكال فيه قريباً فلا وجه للاعادة .

---

١) لاحظ ص : ٢٧٠

٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب الضمان الحديث : ٣

المحال عليه وكان مديناً فله أن يطالب المحال عليه بما اداه وأما اذا لم يكن بطلبه أولم يكن مديناً له فليس له ذلك[١].

(مسألة ١٢) : اذا تبرع اجنبي عن المحال عليه برئت ذمته وكذا اذا ضمن شخص عنه برضا المحال[٢].

(مسألة ١٣) : اذا طالب المحال عليه المحيل بماأداه وادعى المحيل ان له عليه مالا وأنكر المحال عليه فالقول قوله مع عدم البينة فيحلف على برائته[٣].

(مسألة ١٤) : تصح الحوالة بمال الكتابة المشروطة أوالمطلقة من السيد على مكاتبه سواءأكانت قبل حلول النجم أوبعده وبها يتحرر

---

١) اذ المفروض كون المحال عليه مديناً كما ان المفروض ان الأداء بطلب منه فلا مجال لبرائة ذمته بغير الأداء وليعلم ان الحوالة توجب كون المحال عليه مديوناً للمحال فاذا كان مديناً للمحيل وبالحوالة صار مديناً للمحال فاذا كان اداء الدين بطلب منه يشتغل ذمته بالاداء للمحيل فله أن يراجعه ويطالبه وأما اذا لم يكن بطلب منه فلامقتضي للرجوع كما انه لو لم يكن مديناً لاوجه لرجوع المحيل عليه اذ المفروض عدم كونه مديناً فلا وجه لأن يراجعه .

٢) فان التبرع باداء الدين جايز والنتيجة برائة ذمته كما ان الضمان يوجب برائة المضمون عنه فلاحظ .

٣) الظاهر ان الأمر كما افاده فان وجوب الأداء على طبق القاعدة الاولية الا أن يكون المحال عليه مشغول الذمة ومقتضى الاصل عدم الاشتغال فعلى المحيل اقامة البينة لاثبات دعواه ومع عدم البينة تصل النوبة الى أن المنكر يحلف والله العالم .

المكاتب لبراءة ذمته لمولاه وتشتغل ذمته للمحال[١] ولا يتوقف تحرره على قبوله الحوالة لفرض انه مدين لمولاه[٢].

(مسألة ١٥): اذا كان للمكاتب دين على اجنبي فأحال المكاتب سيده عليه بمال الكتابة فقبلهـا صحت الحوالة وينعتق المكاتب[٣] سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا[٤].

(مسألة ١٦): اذا اختلف المحيل والمحال في أن العقد الواقع بينهما كان حوالة أو وكالة فمع عدم قيام البينة يقدم قول منكر الحوالة سواء أكان هو المحيل أم المحال[٥].

---

١) الامر كما افاده لتمامية اركان الحوالة على الفرض.

٢) اذ المفروض كونه مشغول الذمة ولا يكون الحوالة على البريء كي يتوقف على قبوله وقد مر أنه لايكون قبول المدين المحال عليه دخيلا في تحقق الحوالة بل الحوالة تصح ولو مع عدم قبوله.

٣) والوجه فيـه ان الانعتاق يحصـل باداء مال الكتابة والمفروض ان السيد قبل الحوالة وهذا نحو من الاداء والبرائة ممافي ذمته فلاحظ.

٤) اذ المفروض تحقق برائة ذمة العبد من مال الكتابة وهي الميزان في حصول العتق والمفروض برائة ذمته بالحوالة فلا وجه لبقاء الرقية.

٥) بتقريب ان تشخيص المدعي والمنكر هو الغرض المقصود مـن التداعي لامصب الدعوى والغرض المقصود هنا اشتغال ذمته المحيل للمحتال واشتغال ذمة المحال عليه للمحيل أو للمحتال وكـل هذه مخالف للأصل فمدعي الحوالة لابد من اقامة البينة ومدعي الوكالة عليه اليمين واما اذا قلنا ان الميزان مصب الدعوى

كتاب الكفالة

الكفالة هي التعهد باحضار المدين وتسليمه الى الدائن عند طلبه ذلك[١] .

(مسألة ١) : تصح الكفالة بالايجاب من الكفيل بكل ما يدل على تعهده والتزامه والقبول من الدائن بكل ما يدل على رضاه بذلك[٢]

(مسألة ٢) : يعتبر في الكفيل العقل[٣] والبلوغ[٤] والاختيار[٥]

يكون المقام داخلا في التداعي لأن قول كل منهما مخالف مع الاصل فلاحظ .

١) قال في الجواهر: «والمعروف في تعريفها أنها عقد شرع للتعهد بالنفس(*١) وقال في مجمع البحرين : « وان شئت قلت : الكفالة هي التعهد بالنفس » وقال في الحدائق : « الكفالة هـي التعهد بالنفس بمعنى التزام احضار المكفول متى طلبه المكفول له » (* ٢) .

٢) اذ لادليل على التقييد فان الكفالة من العقود وكل عقد مركب من الايجاب والقبول ومقتضى اطلاق الدليل عدم التقييد ويمكن أن يقال: انه قد علم من مجموع الادلة ان كل عقد صحيح شرعي يتحقق بالايجاب والقبول والتقييد يحتاج الى دليل خاص وان شئت قلت : ان السيرة جارية على ايقاعها بكل ما يدل عليها وهذه السيرة ممضاة عند الشارع فلاحظ .

٣) كما يعتبر في بقية العقود بلا كلام ولا اشكال .

٤) فان غير البالغ لااعتبار بالتزاماته كما هو المقرر في جميع الموارد .

٥) فان دليل الاكراه يرفع ما يقع على نحو الاكراه .

---

١) الجواهر ج ٢٦ ص : ١٨٥

٢) الحدائق : ج ـ ٢١ ص : ٦٢

والقدرة على احضار المدين[١] وعدم السفه[٢]

١) اذ مع عـدم القدرة لامجال للالتزام به فان الالتزام يتعلق بالأمر المقدور للملتزم ولذا لامعنى لأن يلتزم احد بنزول المطر من السماء فـان نزوله بارادة الله تعالى فلاحظ .

٢) بتقريب ان السفيه ليس له التصرف المالي ومـن ناحية اخرى ان الكفيل لولم يحضر المكفول يجب عليه اداء الدين فلاتجوز الكفالة من السفيه ويمكن أن يقال : ان الكفالة لاتكون تصرفاً مالياً اذ الكفالة التزام باحضار المكفول ولا دليل من نصوص البـاب على وجوب اداء الدين مــع عدم الاحضار الا أن يتم الامر بالاجماع أو يقال: ان مرجع الكفالة الى الضمان المعلق وهل يمكن الالتزام بصحة الضمان التعليقي مع عدم الدليل على صحته وعدم صحة التعليق في العقود ؟

واستدل على أن الكفالة توجب تخيير الكفيل بين احضار المكفول وبين دفع ما عليه بوجوه :

الاول : ان الكفالة بنفسها تقتضي ذلك لأن بنائها عرفاً عليه وهو المقصود بين المتعاملين وبعبارة اخرى : يكون دفع مـا عليه من الشرط الضمني فـان مقتضى الشرط ان عليه الدفع ان لم يحضره .

وفيه انه لادليل على هذه الدعوى ولـذا لايعرف في مقام التفهيم بهذا النحو وأما الشرط فان دل عليه دليل وقامت قرينة عليه فان كان شرط الفعل يصح على طبق القاعدة وأما شرط النتيجة بأن تشتغل ذمة الكفيل فلادليل على مشروعيته لأن الشرط لايكون مشرعاً فلابد من احراز الجواز في الرتبة السابقة .

الثاني : النص : الخاص الوارد في المقام لاحظ ما ارسله الصدوق قال قال الصادق عليه السلام : الكفالة خسارة غرامة ندامة (* ١) وهـذه الرواية لااعتبار

---

١) الوسائل الباب ٧ من ابواب الضمان الحديث : ٢

والتفليس[١] ولايشترط في الدائن البلوغ والرشد والعقل والاختيار فتصح الكفالة للصبي والسفيه والمجنون اذا قبلها الولي[٢].

بسندها لارسالها .

ولاحظ ما رواه الرقي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : مكتوب في التوراة كفالة ندامة غرامة (* ١) وهذه الرواية على تقدير تمامية سندها لاتدل على المدعى فان الغرامة بمعنى الهلاك والعذاب ولعل الرواية تشير الى مرجوحية الكفالة كما ورد ما يدل على المنع منها في بعض النصوص منهاما رواه اسمعيل بن جابرعن أبي عبدالله عليه السلام قال : لاتتعرضوا للحقوق فاذا لزمتكم فاصبروا لها (* ٢).

ومنها ما رواه العباس الفضل بن عبدالملك ان الصادق عليه السلام قال له : ما منعك من الحج ؟ قال : كفالة كفلت «تكفلت» بها قال : ومالك وللكفالات اما علمت ان الكفالة هي التي اهلكت القرون الاولى ؟ (*٣) .

ومنها ما رواه اسماعيل بن خالدعن أبي عبدالله عليه السلام قال: يا بني اياكم والتعرض للحقوق واصبروا على النوائب الحديث (* ٤) .

١) لاأرى وجهاً لعدم جواز كفالة المفلس فان المفلس ممنوع عن التصرف في امواله ولا يكون ممنوعاً عن التصرف في ذمته .

٢) كما هو ظاهر فان الولي يقوم مقام القاصر فلا تكون الامور المذكورة مانعةعن الصحة .

---

١) نفس المصدر الحديث : ٥

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث : ٤

٤) نفس المصدر الحديث : ٦

(مسألة ٣) : تصح الكفالة باحضار المكفول اذا كان عليه حق مالي[١] ولا يشترط العلم بمبلغ ذلك المال[٢].

(مسألة ٤) : اذا كان المال ثابتاً في الذمة فلاشبهة في صحة الكفالة[٣] وأما اذا لم يكن ثابتاً في الذمة فعلا ولكن وجد سببه كالجعل في عقد الجعالة وكالعوض في عقد السبق والرماية وماشاكل ذلك فالاقوى صحة الكفالة في هذه الموارد[٤].

---

١) بلا اشكال ولا كلام .

٢) لا يبعد أن يكون المدرك اطلاق بعض النصوص لاحظ مارواه ابن سرحان انه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الكفيل والرهن في بيع النسيئة قال: لا باس(*١) فان مقتضى اطلاق هذه الرواية عدم الفرق بين كون مقدار الدين معلوماً وعدمه فلاحظ .

٣) الأمر كما افاده فانه لا اشكال في صحتها في الصورة المفروضة .

٤) مقتضى القاعدة الاولية عدم الصحة لو شك فيها فان الامر الوضعي يحتاج الى دليل الاثبات والا فمقتضى الاستصحاب عدم تحققه وحيث انه لادليل على المدعى ظاهراً يتوقف الجزم بالصحة على تحقق الاجماع التعبدي الكاشف وأنى لنا باثباته .

وربما يقال : ان الكفالة بهذا النحو متعارف عند العقلاء والشارع الاقدس لم يردع عنها ولكن اللازم اثبات تحقق السيرة عليها وأما عموم وجوب الوفاء بالعقود فلا مجال للاستدلال به اذ قد ذكرنا مراراً ان دليل وجوب الوفاء ناظر الى اللزوم ولا تستفاد منه الصحة فلا تغفل .

---

١) الوسائل الباب ٨ من أبواب احكام الضمان الحديث : ١

(مسألة ٥) : الكفالة عقد لازم لايجوز فسخه من طرف الكفيل[١] الا بالاقالة أو بجعل الخيار له[٢].

(مسألة ٦) : اذا لم يحضر الكفيل المكفول فاخذ المكفول له المال من الكفيل فان لم ياذن المكفول لافي الكفالة ولا في الاداء فليس للكفيل الرجوع عليه والمطالبة بما اداه[٣] واذا اذن في الكفالة والاداء أو اذن في الاداء فحسب كان له أن يرجع عليه[٤] وان اذن له في الكفالة دون الاداء فالظاهر عدم رجوعه عليه بما اداه[٥] وان كان غير متمكن من احضاره عند طلب المكفول له ذلك[٦].

(مسألة ٧) : يجب على الكفيل التوسل بكل وسيلة مشروعة لاحضار المكفول[٧]

---

١) فان كل عقد لازم بمقتضى وجوب الوفاء به الا ما خرج بالدليل .

٢) كل منهما يحتاج الى الدليل وقد مر الكلام من هذه الجهة في بعض الأبحاث المتقدمة فلا نعيد وان شئت راجع ما ذكرناه سابقاً في هذا المقام .

٣) لعدم المقتضي للرجوع فان المفروض عدم اذن المكفول فلا وجه لضمانه ومع عدم الضمان لامجال للرجوع اليه كما هو ظاهر واضح .

٤) اذ المفروض ان الاداء تحقق باذنه فيشتغل ذمة الاذن بمقتضى السيرة العقلائية الممضاة شرعاً .

٥) لعدم ما يقتضي الرجوع كما مر قريباً .

٦) لوحدة الملاك ولكن الاشكال في صحة الكفالة مع عدم امكان الاحضار وقد مر من الماتن انه يشترط في صحة الكفالة القدرة على احضار المدين فلاحظ

٧) لان المفروض وجوب الاحضار فتجب مقدماته من باب وجوب مقدمة

فاذا احتاج الى الاستعانة بشخص قاهر ولم تكن فيهـا مفسدة دينية وجبت الاستعانة به(١).

(مسألة ٨) : اذا كان المكفول غائبـاً احتاج حمله الى مؤنة فالظاهر أنها على الكفيل(٢) الا اذا كان صرفها باذن من المكفول(٣).

(مسألة ٩) : اذا نقـل المكفول له حقه الثابت على المكفول الى غيره ببيع أوصلح أوحوالة أوهبة بطلت الكفالة(٤).

(مسألة ١٠) : اذا أخرج أحدمن يدالغريم مديونه قهراً أوحيلة بحيث لايظفربه فياخذ منه دينه فهوبحكم الكفيل يجب علية احضاره لديه والا فيضمن عنه دينه ويجب عليه تاديته له(٥)

الواجب ولو عقلا .

١) لوحدة الملاك والمفروض خلوه عن المفسدة الشرعية فلاحظ .

٢) لأن وجوب ذي المقدمة يقتضي وجوب مقدماته وما ذكر منها فيجب .

٣) فان الاذن يقتضي الضمان كما تقدم .

٤)لانتفاء موضوع الكفالة فان الكفيل كان ملتزماً باحضار زيد مثلا وبعدفراغ ذمته لايكون موضوع الكفالة باقياً ولا مجال لبقاء الحكم مع انتفاء الموضوع.

٥) قال في الجواهر في هذا المقام : «كماصرح به غير واحد بل في الرياض نفي الخلاف فيـه على الظاهر » الخ . وما يمكن أن يذكـر في تقريب الحكم المذكور وجوه :

الوجه الاول : الاجماع فعن الصيمري دعوى الاجماع عليه . وفيه انه لااعتبار بالاجماع المنقول كمـا حقق في محله بل لو تحقق اجماع محصل لايترتب عليه

أثر لاحتمال استناد المجمعين الى الوجوه المذكورة في المقام .

الوجـه الثاني قاعدة نفي الضرر لاحظ مـا رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث ان رسول‌الله صلى الله عليه وآله قال: لاضرر ولا ضرار (* ١) فان الضرر متحقق بفعل المخرج فعليه‌الضمان . وفيه اولا : ان التقريب المذكور على فرض‌تماميته يتوقف على‌الالتزام بمقالة‌المشهور وأما على مسلك شيخ‌الشريعة فلا، وثانياً : ان المستفاد من‌الحديث على‌ماهو المقرر عندهم نفي الحكم الضرري ولا يستفاد من القاعدة ثبوت أمر كالضمان المبحوث عنه في المقام .

الوجه الثالث شمول‌حديث « على اليد ما اخذت‌حتى تؤدي » (* ٢) للمقام وفيه ان حديث على اليد ضعيف سنداً مضافاً الـى أن الاطلاق غير الاستيلاء اضف الى ذلك ان الظاهر ان الدليل يختص بالاعيان الخارجية .

الوجه الرابع : فحوى ما ورد في اطلاق القاتل لاحظ ما رواه حريزعن‌أبى عبدالله عليه السلام : قال : سألته عن رجل قتل رجلا عمداً فرفع‌الى الوالي‌فدفعه الى اولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدى الاولياءقال أرى أن يحبس الذي خلص « الذين‌خلصوا » القاتل من أيدى الاولياء حتى‌يأتوا بالقاتل قيل: فان‌مات القاتل وهم في السجن ؟ قال: وان‌مات‌فعليهم الدية يؤدونها جميعاً الى اولياء المقتول (* ٣) .

وفيه انه حكم خاص وارد في‌مورد مخصوص ولا أرى‌لتقريب‌الفحوى وجهاً وعلى هـذا الاساس تكون المسئلة مبتنية على الاحتياط الا أن يتم الامر بالاجماع

---

١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث : ٣

٢) مستدرك الوسائل الباب ١ من أبواب الغصب الحديث : ٤

٣) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الضمان

(مسألة ١١) : ينحل عقد الكفالة بامور الاول: أن يسلم الكفيل المكفول الى المكفول له[١] الثاني : أن يؤدي دينه[٢] الثالث : ما اذا أبرأ المكفول له ذمة المدين[٣] الرابع : ما اذا مات المدين[٤] الخامس ما اذا رفع المكفول له يده عن الكفالة[٥].

كتاب الصلح

الصلح عقد شرع للتراضي والتسالم بين شخصين في أمر : من تمليك عين أو منفعة أو اسقاط دين أو حق أو غير ذلك مجاناً أو بعوض[٦].

المدعى والتسالم فيما بين القوم أو السيرة والله العالم .

١) كما هو ظاهر فانه مع التسليم يتم الامر ولا مجال للبقاء كما هو واضح .

٢) اذ مع الاداء يتم الامر به .

٣) اذ مع الابراء لاحق له عليه فلامجال للبقاء .

٤) اذ مع موته لاموضوع للاحضار .

٥) اذ مع رفع اليد لايبقى حق له فلا مجال للاحضار والحمدلله وله المنة قد وقع الفراغ من كتابة كتاب الكفالة في ليلة السبت السابع من شهر شوال المكرم سنة ١٤٠٩ .

٦) لااشكال في أن الصلح الواقع في الخارج بين العقلاء يعم هذه الأقسام ويمكن الاستدلال على جوازه بقوله تعالى : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلاجناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير (* ١) . فانقوله تعالى في ذيل الاية « والصلح خير » بيان لكبرى كلية تنطبق على ما ذكر في الاية.

---

١) النساء/١٢٨

(مسألة ١) : الصلح عقد مستقل ولايرجع الىسائرالعقود وان افاد فائدتها فيفيد فايدة البيع اذاكان الصلح على عين بعوض وفائدة الهبة اذاكان على عين بغيرعوض وفائدة الاجارة اذاكان على منفعة بعوض وفائدة الابراء اذاكان على اسقاط حق أودين[١].

(مسألة ٢) : اذا تعلق الصلح بعين أومنفعة افاد انتقالهما الى المتصالح سواء أكان مع العوض أوبدونه وكذا اذا تعلق بدين على غير المتصالح له أوحق قابل للانتقال كحقي التحجير والاختصاص واذا تعلق بديـن على المتصالح أفاد سقوطه وكذا الحال اذا تعلق بحق قابل للاسقاط وغير قابل للنقل والانتقال كحق الشفعة ونحوه[٢]

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الصلح جايز بين الناس (* ١) ويؤيد المدعىما ارسلهالصدوق قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البينة على المدعي واليمين علىالمدعى عليه والصلح جايز بين المسلمين الا صلحاً احل حراماً أو حرم حلالا (* ٢) .

١)كما هـو ظاهر فان الصلح عبارة عـن المصالحة التي يعبر عنها في اللغة الفارسية بـ (سازش كردن) والذي يدل على المدعى صحة سلبعنوان البيع وكذا بقية العناوين عنها وان الأثر المترتب عليها في بعض الاحيان أثر البيع وقد يكون أثرها اثر الاجارة وهكذا فلاحظ .

٢)كما مـر فان الصلح عقد مستقل لكن أثره ربما يكون انتقال العين الـى المتصالح واخرى يكون اثره انتقال المنفعة اليه وهكذا .

(*) ١) الوسائل الباب ٣ من أبواب الصلح الحديث : ١

(*) ٢) نفس المصدر الحديث : ٢

واما ما لا يقبل الانتقال ولا الاسقاط فلا يصح الصلح عليه[١].

(مسألة ٣) : يصح الصلح على مجرد الانتفاع بعين كان يصالح شخصاً على أن يسكن داره أو يلبس ثوبه في مدة أو على أن يكون جذوع سقفه على حائطه أو يجري ماءه على سطح داره أو يكون ميزابه على عرصة داره أو يكون الممر والمخرج من داره أو بستانه أو على أن يخرج جناحاً في فضاء ملكه أو على أن يكون أغصان أشجاره في فضاء ارضه وغير ذلك[٢] ولا فرق فيه بين أن يكون بلا عوض أو معه[٣].

(مسألة ٤) : يجري الفضولي في الصلح كما يجري في البيع ونحوه[٤].

---

١) اذ المفروض عدم قبوله لا للنقل ولا للأسقاط فلا مجال لوقوع الصلح عليه وان شئت قلت : الصلح الذي لا يترتب عليه أي أثر يكون لغواً فلا يشمله دليل الصحة .

٢) لاطلاق الادلة كتاباً وسنة مضافاً الى السيرة الخارجية العقلائية الممضاة عند الشارع فلاحظ .

٣) بعين التقريب وبعين الملاك .

٤) لوحدة الملاك فان الدليل المثبت للفضولي في البيع جار في الصلح وقد تقدم في كتاب البيع ان العمدة في اثبات المدعى النص الخاص لاحظ ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما قلت : اصلحك الله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي واصحابهما يقولون : ان اصل النكاح فاسد ولا تحل اجازة السيد له فقال أبو جعفر عليه السلام : انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازه

(مسألة ٥) : يجوز للمتداعيين أن يتصالحا بشيء من المدعى به أو بشيء آخر حتى مع انكار المدعى عليه[1] ويسقط بهذا الصلح حق الدعوى وكذا يسقط حق اليمين الذي كان للمدعي على المنكر فليس للمدعي بعد ذلك تجديد المرافعه[2] ولكن هذا قطع للنزاع ظاهراً ولا يحل لغير المحق ما ياخذه بالصلح وذلك مثل ما اذا ادعى شخص على آخر بدين فانكره ثم تصالحا على النصف فهذا الصلح وان أثر في سقوط الدعوى ولكن المدعي لو كان محقا فقد وصل اليه نصف حقه ويبقى نصفه الاخر في ذمة المنكر الا انه اذا كان المنكر معذوراً في اعتقاده لم يكن عليه اثم[3] نعم لو رضى المدعي بالصلح عن

فهو له جايز (*١) فان مقتضى عموم العلة المذكورة في الحديث صحة الفضولي على الاطلاق وتفصيل الكلام موكول الى بحث الفضولي في كتاب البيع فراجع

١) لما مر من جواز الصلح مطلقاً .

٢) سقوط حق الدعوى بالصلح يتوقف على قابلية اسقاط حق الدعوى وهذا اول الكلام والاشكال فان زيداً مثلا لو كان مديوناً لبكر هل يجوز اسقاط حق مطالبته؟ وعليه يشكل الجزم بما أفاده من أنه ليس للمدعي بعد ذلك تجديد الدعوى الا أن يقال انه لااشكال في أنه أمر عقلائي عليه السيرة الخارجية والشارع الأقدس لم يردع عنها والحال ان مقتضى الاطلاق المقامي التعرض لفساده ان كان الصلح بهذا النحو فاسداً .

٣) لو كان الاسقاط ظاهرياً لايكون مؤثراً في السقوط الواقعي بل يبقى الواقع

(*١) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

جميع ما في ذمته فقد سقط حقه[١].

(مسألة ٦) : لوقال المدعى عليه للمدعي صالحني لم يكن ذلك منه اقراراً بالحق لماعرفت من أن الصلح يصح مع الاقرار والانكار[٢] وأما لوقال بعنى أوملكني كان اقراراً[٣].

(مسألة ٧) : يعتبر فى المتصالحين البلوغ والعقل والاختيار والقصد وعدم الحجر لسفه أوغيره[٤].

على حاله .

١) كما هو ظاهر واضح .

٢) وان شئت قلت : لاتنافي بين الصلح وانكار الدعوى فلا وجه لكون طلب الصلح اقراراً .

٣) فان طلب البيع أو التمليك يستلزم الاقرار بالملكية فلاحظ .

٤) فان غير البالغ لااعتبار بتصرفاته كما انه لااعتبار بما يصدر عن المجنون كما ان دليل رفع الاكراه يرفع الاثر عن الانشاء الاكراهي كما ان ما يصدر عن الانسان بلا قصد لاأثر له بلا اشكال وأما عدم الحجر فانمايكون معتبراً فيمايكون التصرف مالياً وأما التصرف لولم يكن في المال وبعبارة اخرى لاوجه لعدم اعتبار الصلح الصادر من المحجور الا في مورد يكون التصرف في المال .

ويستفاد من حديثين عدم نفوذ أمر السفيه حتى بعد البلوغ احدهما ما رواه أبو الحسين عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله أبي وأناحاضر عن اليتيم متى يجوز أمره ؟ قال : حتى يبلغ اشده قال: وما أشده ؟ قال: احتلامه قال : قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة او اقل او اكثر ولم يحتلم قال : اذا بلغ وكتب عليه

(مسألة ٨) : يتحقق الصلح بكل ما يدل عليه من لفظ أو فعل أونحو ذلك ولاتعتبر فيه صيغة خاصة[١]

الشيء « ونبت عليه الشعر » جاز عليه أمره الا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية عدم نفوذ أمر السفيه على الاطلاق حتى بعد البلوغ ولو لم يكن التصرف مالياً فلو آجر نفسه لعمل لاتصح اجارته نعم لو لم يكن تصرفه الا نافعاً له كما لو قبل ما يهبه غيره لايكون مشمولا للحديث فان المذكور فيه عنوان جواز أمره عليه فلو لم يكن عليه جاز الا أن يقال ان المستفاد من الحديث نفوذ الامر عليه وهذا العنوان يصدق على الاطلاق أي يصدق عنوان نفوذ الأمر وجوازه عليه حتى فيما يكون تصرفاً نافعاً في حقه فقط ولذا يصح أن يقال : لو غسل زيد ثوبه يحكم عليه بكونه طاهراً وان شئت قلت : الحكم من الحاكم على المحكوم يستلزم عنوان الاستعلاء ولكن الاشكال في سند الحديث من حيث كون الخادم في السند وهو مجهول .

ثانيهما ما رواه ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله عزوجل حتى اذا بلغ أشده قال : الاحتلام قال : فقال : يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها فقال : اذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز أمره الا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً فقال: وما السفيه ؟ فقال الذي يشتري الدرهم باضعافه قال وما الضعيف قال الابله (* ٢) فان المستفاد من هذه الرواية عدم جواز امر السفيه على الاطلاق لكن السند ضعيف أيضاً لضعف اسناد الشيخ الى ابن فضال .

١) لاطلاق دليله مضافاً الى السيرة الجارية الخارجية .

---

١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الحجر الحديث : ٥

٢) الوسائل الباب ٤٤ من الوصايا الحديث : ٨

(مسألة ٩) : لو تصالح شخص مع الراعي بان يسلم نعاجه اليه ليرعاها سنة مثلا و يتصرف في لبنها ويعطي مقداراً معيناً من الدهن مثلا صحت المصالحة[1] بل لو آجر نعاجه من الراعي سنة على أن يستفيد من لبنها بعوض مقدار معين من دهن أو غيره صحت الاجارة[2].

(مسألة ١٠) : لا يحتاج اسقاط الحق أو الدين الى القبول[3] وأما المصالحة عليه فتحتاج الى القبول[4].

(مسألة ١١) : لو علم المديون بمقدار الدين ولم يعلم به الدائن وصالحه باقل منه لم تبرأ ذمته عن المقدار الزائد[5] الا أن يعلم برضا الدائن بالمصالحة حتى لو علم بمقدار الدين ايضاً[6]

(مسألة ١٢) : لا تجوز المصالحة على مبادلة مالين من جنس واحد اذا كانا مما يكال أو يوزن مع العلم بالزيادة في احدهما على الاحوط[7]

---

١) لما مر من جواز الصلح على الاطلاق وما ذكر من مصاديق ذلك الكلي.

٢) لوجود المقتضي وعدم المانع فانه لا مانع من الاجارة المفروضة ومن ناحية اخرى الشرط الواقع في ضمن عقد الاجارة جايز ونافذ .

٣) فان الاسقاط ايقاع فلا يحتاج الى القبول .

٤) اذ المفروض ان المصالحة من العقود ويعتبر فيها الايجاب والقبول .

٥) اذ لا وجه للبرائة مع عدم قصد الدائن وتعلق قصده بالاقل .

٦) كما هو ظاهر لجواز المصالحة على الاطلاق كما تقدم .

٧) لا اشكال في حسن الاحتياط وأما الجزم بالحرمة فلا وجه له بعد اختصاص

ولا باس بها مع احتمال الزيادة[1].

(مسألة ١٣) : لا باس بالمصالحة على مبادلة دينين على شخص واحد أو على شخصين فيما اذا لم يكونا من المكيل أو الموزون أو لم يكونا من جنس واحد أو كانا متساويين في الكيل أو الوزن وأما اذا كانا من المكيل أو الموزون ومن جنس واحد فجواز الصلح على مبادلتهما مع زيادة محل اشكال[2]

(مسألة ١٤) : يصح الصلح في الدين المؤجل باقل منه اذا كان الغرض ابراء ذمة المديون من بعض الدين وأخذ الباقي منه نقداً هذا فيما اذا كان الدين من جنس الذهب أو الفضة أو غيرهما من

دليل الحرمة بالبيع والالتزام بكون الصلح عقداً مستقلا كما سبق .

١) اذ يمكن احراز عدمها بالاصل اي استصحاب العدم الأزلي .

٢) اما عدم البأس في غير صورة الأخيرة فلعدم وجه للمنع وأما الاشكال في الصورة الاخيرة فلاحتمال الحرمة من اجل الربا ولكن قد مر انه لاوجه للاشكال مع كون الصلح عقداً مستقلا فلايشمله دليل المنع وأما على تقدير الشك فان قلنا بأن المقيد مجمل فايضاً لامجال للاشكال لأن اجمال المقيد المنفصل لايسري الى المطلق ومع التنزل عن هذه الجهة ان قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات المفهومية ـ كما نقول ـ يمكن احراز عدم تحقق عنوان الربا فيحكم بالصحة وأما على القول بعدم جريان الاستصحاب ـ كما هو المقرر عندهم ـ فلامجال للأخذ بدليل الصحة ولا بدليل الفساد لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لكن مقتضى الاصل العملي هو الفساد فلاحظ .

المكيل أوالموزون[١] وأما في غيرذلك فيجوز البيع والصلح بالاقل من المديون وغيره وعليه فيجوز للدائن تنزيل الكمبيالة فى المصرف وغيره فى عصرنا الحاضر لان الدنانير الرائجة ليست مما يوزن أو يكال[٢]

(مسألة ١٥) : ينفسخ الصلح بتراضي المتصالحين بالفسخ[٣] وكذا اذا فسخ من جعل له حق الفسخ منهما فى ضمن الصلح[٤].

(مسألة ١٦): لا يجرى خيار الحيوان ولا خيار المجلس ولا خيار التاخير فى الصلح[٥] نعم لو أخر تسليم المصالح به عن الحد المتعارف أو اشترط تسليمه نقداً فلم يعمل به فللاخر أن يفسخ المصالحة[٦] وأما الخيارات الباقيه فهي تجري فى عقد الصلح[٧].

---

١) بلا اشكال لعدم وجه للاشكال .

٢) الامر كما افاده لعدم ما يقتضي عدم الجواز فيجوز ويصح فلاحظ .

٣) هذا مبني على جريان الاقالة في غير البيع وهو محل الاشكال .

٤) على القول بجواز جعل الخيار وقد مر الاشكال فيه الأ أن يقال : ان السيرة الخارجية العقلائية جارية عليه والشارع الاقدس أمضى هذه السيرة .

٥) لعدم ما يقتضي الجريان بعد اختصاص الدليل بالبيع .

٦) بتقريب ان مرجعه الى جعل الخيار عند عدم الوفاء بالشرط وجعل الخيار جايز والاشكال فيه هو الاشكال المتقدم آنفاً .

٧) بدعوى ان دليلها دليل الشرط فيعم ويشكل الجزم بما ذكر للاشكال في قصور دليل الشرط لاثبات هذه الدعوى الا أن يتم الامر بالسيرة الخارجية بأن يقال لا اشكال في ثبوت هذه الخيارات بين العقلاء والمفروض عدم ردع الشارع عنها

(مسألة ١٧) : لوظهر العيب في المصالح به جاز الفسخ وأما اخذ التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب ففيه اشكال[١] .

(مسالة ١٨) : لواشترط في عقد الصلح وقف المال المصالح به اذا لم يكن للمصالح وارث بعد الموت صح و لزم الوفاء بالشرط[٢] .

فيعلم امضائه لسيرتهم اذ المفروض امضاء الصلح ومع ذلك لم يتعرض لفساد ما يكون جارياً بينهم فلاحظ .

١) بتقريب ان جواز اخذ الأرش يختص بالبيع فلا تجري في الصلح وأما الخيار فمن باب الشرط الضمني والاشكال فيه هو الاشكال المتقدم .

٢) بتقريب ان مقتضى دليل نفوذ الشرط صحة الشرط المذكور ووجوب العمل به ولكن يرد عليه ان عدم الوارث على الاطلاق لاموضوع له فان الامام عليه السلام وارث من لاوارث له فكيف يمكن الالتزام بالجواز ؟ الا أن يقال : ان اللفظ منصرف عن صورة كون الوارث الامام مضافاً الى أن المقصود من الكلام غير واضح فان وجود الوارث وعدمه لادخل له في صحة هذا الشرط وعدمها فان المفروض ان المالك حال حياته نقل ملكه الى غيره واشترط عليه أن يقفه بعد موته والمفروض ان الشرط نافذ ومن ناحية اخرى لاينتقل المال المصالح به الى ورثة المصالح لكن لايبعد أن يكون المراد من المتن ان اشتراط الوقف مقيد بعدم الوارث وأما مع وجود الوارث فلا .

لكن يرد عليه بأنه مع وجود الوارث لايخرج مورد المصالحة عن ملك المتصالح ومع بقائه في ملك المتصالح لامجال لانتقاله الى الوارث الا أن يرجع الامر الى اشتراط تمليكه من الورثة والله العالم وقد وقع الفراغ من كتابة كتاب الصلح في يوم الاربعاء العاشر من شهر شوال المكرم من السنة ١٤٠٩ .

كتاب الاقرار

وهو اخبار عن حق ثابت على المخبر اونفي حق له على غيره(١) ولا يختص بلفظ بل يكفي كل لفظ دال على ذلك عرفاً ولولم يكن صريحاً وكذا تكفي الاشارة المعلومة (٢) ويشترط في المقر التكليف(٣) والحرية(٤) فلاينفذ اقرار الصبي والمجنون ولااقرار العبد بالنسبة الى مايتعلق بحق المولى بدون تصديقه مطلقاولوكان ممايوجب الجناية على العبد نفساً أوطرفاً(٥) وأما بالنسبة الى ما يتعلق به نفسه مالاكان أوجناية فيتبع به بعد عتقه(٦) ويشترط في المقرله اهلية التملك

---

١) كما هو المستفاد العرفي منه .

٢) لعدم وجه للاختصاص بعدصدق المفهوم فاذا صدق يترتب عليه حكمه اعم من أن يكون بنحو الصراحة أو الاشارة كما هو ظاهر .

٣) لعدم ترتب اثر على ما يصدر عن غير المكلف صبياً كان أو مجنوناً .

٤) اذ الاقرار لاينفذ في حق الغير .

٥) كما هو ظاهر لما مر من عدم اعتباره .

٦) قال في الجواهرفي هذا المقام (*١) « بلاخلاف ولا اشكال لعموم اقرار العقلاء » لاحظ ما عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال اقرار العقلاء على أنفسهم جائز (* ٢) .

---

١) ج ٣٥ ص : ١٠٨

٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب الاقرار الحديث : ٢

ولواقر للعبد فهوله لوقيل بملكه كما هو الظاهر[١] ولو قال له على مال الزم به[٢] فان فسره بما لا يملك لم يقبل[٣] ولوقال هذا لفلان بل لفلان كان للاول وغرم القيمة للثانى[٤] ويرجع فى النقد والوزن والكيل الى عادة البلد[٥] ومع التعدد الى تفسيره[٦] ولواقر بالمظروف لم يدخل الظرف[٧] ولو اقربالدين المؤجل ثبت

---

١) كما هو واضح اذ مع عدم الأهلية لامجال للنفوذ شرعاً .

٢) لنفوذ الاقرارووجوب الاخذ به .

٣) اذ الانكار بعد الاقرار يحتاج الى الاثبات .

٤) بمقتضى نفوذ الاقرار بالنسبة الى الأول والحيلولة بالنسبة الى الثاني قال في الجواهر في مقام تقريب الاستدلال على المدعى : « لأنه حال بينه وبينها فهو كالمتلف بلا خلاف معتد به اجده فيه لعموم اقرار العقلاء وللحيلولة التي سمعتها» الخ .

ويردعلى هذاالتقريب بأنه امانقول ان الاقرارالاول لنفوذه اوجب كون المقربه للأول فلاأثر للاقرار الثاني لأنه اقراربالنسبة الى مال الغير واما نقول انالمتكلم مادام متشاغلا بالكلام له أن يلحق بكلامه من اللواحق ماشاء ولا مجال للحكم عليه مادام متشاغلا والمفروض ان كلمة الأضراب وضعت لأفاده الأضراب عن الاول والاثبات للثاني ومن ناحية اخرى ان الاشتباه أمر ممكن فيلزم أن يحكم للثاني فأما يحكم للأول بالتقريب الأول واما يحكم للثاني بالتقريب الثاني فعلى كلا التقديرين لايتم ما افيد في المتن الا أن يتم الامر بالتسالم والاجماع .

٥) للظهور العرفي .

٦) فانه المرجع في تفسير كلامه .

٧) لعدم ما يقتضي الدخول .

المؤجل(١) ولم يستحق المقر له المطالبة به قبل الاجل(٢) ولو اقربها المردد بين الاقل والاكثر ثبت الاقل(٣) ولو ابهم المقر له فان عين قبل(٤) ولو ادعاه الاخر كانا خصمين(٥) وللاخر على المقر اليمين على عدم العلم ان ادعى عليه العلم(٦) ولو ابهم المقربه ثم عين فان أنكره المقر له ففي أن للحاكم أنتزاعه اواقراره في يده اشكال(٧) والاظهر الثاني(٨) ولو ادعى المواطاة على الاشهاد كان عليه اقامة البينة على المواطاة او احلاف المشتري على اقباض الثمن(٩). مسائل الاولى : اذا اقربولد

---

١) اذ لاوجه للتعجيل مع عدم دليل عليه .

٢) كما هو ظاهر فان الاستحقاق يحتاج الى الدليل .

٣) اذ الاكثر لم يقع مورد الاقرار فلا وجه لثبوته والاصل عدمه .

٤) فان المقر هو المرجع في التفسير لأنه ذويد فيقبل قوله وربما يقال كما في الجواهر : « انه بعد الاقرار الاول لاأثر لقوله وبعبارة اخرى بعد الاقرار بكونه للغير تخرج العين عن يده .

٥) فلابد من اجراء قوانين الدعوى والقضاء .

٦) اذ المفروض ان الاخر يدعي علم المقر بكون المال له فعليه البينة ووظيفة المقر اليمين لكونه منكراً .

٧) فربما يقال ان للحاكم انتزاعه لأنه ولي من لاولي له وربما يقال له ابقائها في يده اذ لم يثبت عدوانه .

٨) لأنه مكلف بايصاله الى صاحبها فلا وجه لانتزاعها من يده فلاحظ .

٩) على ما هو مقتضى قانون الدعاوي من كون البينة على المدعي واليمين على من انكر فلاحظ .

اوأخ أواخت أوغير ذلك نفذاقراره مع احتمال صدقه في ما عليه من وجوب انفاق أوحرمة نكاح أومشاركة في ارث ونحو ذلك [١] وأما بالنسبة الى غير ما عليه من الاحكام ففيه تفصيل فان كان الاقرار بالولد فيثبت النسب باقراره مع احتمال صدقه وعدم المنازع اذا كان الولد صغيراً وكان تحت يده [٢]

---

١) لنفوذ الاقرار على النفس مع احتمال الصدق وأما مع عدم احتمال الصدق فلا مجال لنفوذه كما هو ظاهر .

٢) ويمكن الاستدلال بحديث ابن الحجاج قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الحميل فقال : واي شيء الحميل ؟ قال : قلت المرأة تسبى من ارضها ومعها الولد الصغير فتقول : هو ابني والرجل يسبي فيلقى اخاه فيقول هو اخي وليس لهم بينة الا قولهم قال : فقال ما يقول الناس فيهم عندكم ؟ قلت : لايورثونهم لأنه لم يكن لهم على ولادتهم بينة وانما هي ولادة الشرك فقال : سبحان الله اذا جائت بابنها أوبابنتها ولم تزل مقرة به واذا عرف اخاه وكان ذلك في صحة منهما ولم يزالا مقرين بذلك ورث بعضهم من بعض (* ١) .

وذكر الماتن لاعتبار الاقرار بالولد بحيث يلحق بالمقر شروطاً : الاول : احتمال صدقه في دعواه فانه مع عدم احتمال صدقه لامجال للأخذ باقراره كما مر آنفاً وان شئت قلت: الاقرار من الامارات والامارة حجة في صورة احتمال مطابقتها مع الواقع .

الثاني : عدم المنازع وقيل في وجهه : انه يتعارض الاقرار ان مضافاً الى النصوص الواردة في وطي الشركاء الأمة المبتاعة منها ما رواه معاوية بن عمار

---

١) الوسائل الباب ٩ من أبواب ميراث ولد الملاعنة الحديث : ١

عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا وطيء رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادعوه جميعاً اقرع الوالي بينهم فمن قرع كان الولد ولده ويردا قيمة الولد على صاحب الجارية قال فان اشترى رجل جارية وجاء رجل فاستحقها وقد ولدت من المشتري رد الجارية عليه وكان له ولدها بقيمته (*١) .

ومنها ما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال قضى علي عليه السلام في ثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد وذلك في الجاهلية قبل أن يظهر الاسلام فأقرع بينهم فجعل الولد للذي قرع وجعل عليه ثلثي الدية للاخرين فضحك رسول الله صلى الله عليه وآله حتى بدت نواجده قال : وقال : ما اعلم فيها شيئاً الا ما قضى علي عليه السلام (* ٢) .

ومنها ما رواه الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا وقع الحر والعبد والمشرك بامرأة في طهر واحد فادعوا الولد اقرع بينهم فكان الولد للذي يخرج سهمه (* ٣) .

فان تلك النصوص تدل على لزوم التعيين بالقرعة مع فرض التنازع فتدل على لزومها في المقام بالاولوية ـ كما في الجواهر ـ ويمكن أن يقال : ان مقتضى حديث ابن الحجاج هو الالحاق ولو مع وجود المنازع ولانرى وجهاً للاولوية المدعاة .

الثالث أن يكون الولد صغيراً كما صرح في الخبر المشار اليه بقوله « ومعها الولد الصغير » .

الرابع : أن يكون تحت يده ويدل عليه قوله عليه السلام في الخبر « ومعها الولد الصغير » .

---

١) الوسائل الباب ٥٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

٣) نفس المصدر الحديث : ٣

ولا يشترط فيه تصديق الصغير[١] ولا يلتفت الى انكاره بعد بلوغه[٢] ويثبت بذلك النسب بينهما وبين أولادهما وسائر الطبقات[٣] وأما في غير الولد الصغير فلا أثر للاقرار الا مع تصديق الاخر[٤] فان لم يصدقه الاخر لم يثبت النسب[٥] وان صدقه ولا وارث غيرهما توارثا[٦] وفي ثبوت التوارث مع الوارث الاخر اشكال والاحتياط لا يترك[٧]

---

١) وعن جامع المقاصد الاجماع عليه واطلاق الخبر يقتضيه .

٢) بلا خلاف اجده فيه كما اعترف به غير واحد ـ هكذا في الجواهر ـ والوجه في عدم الالتفات ان النسب ثبت قبل البلوغ بالنص فلا وجه لاعتبار انكاره .

٣) فانه مقتضى ثبوت كون الولد ولداً له بمقتضى النص وبعبارة اخرى يستفاد من النص ترتب أحكام الولادة منه على الاطلاق والذي يختلج بالبال في هذه العجالة انه ان تم المدعى بالاجماع فهو والا فللمناقشة مجال اذ لا يستفاد من حديث ابن الحجاج العموم فتأمل .

٤) فان الالحاق على خلاف القاعدة وانما نخرج عن القاعدة بالمقدار المستفاد من النص لاحظ ما رواه الأعرج عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجلين حميلين جييء بهما من أرض الشرك فقال احدهما لصاحبه : أنت أخي فعرفا بذلك ثم اعتقا و مكثا مقرين بالأخاء ثم ان احدهما مات قال: الميراث للأخ يصدقان(*١)

٥) كما هو المستفاد من حديث الأعرج .

٦) كما نص به في الخبر .

٧) والوجه في الاشكال عدم دلالة النص فان الظاهر منه بيان الحكم لصورة

---

١) الوسائل الباب ٩ من أبواب ميراث ولد الملاعنة الحديث : ٢

وكذلك في تعدى التوارث الى غيرهما [١] ولايترك الاحتياط ايضاً فيما لواقربولد أوغيره ثم نفاه بعد ذلك[٢] الثانية : لواقرالوارث باولى منه دفع ما في يده اليه ولو كان مساوياً دفع بنسبة نصيبه من الاصل[٣] ولو اقر باثنين فتتناكرا لم يلتفت الى تناكرهما فيعمل بالاقرار[٤] ولكن تبقى الدعوى قائمة بينهما[٥] ولوأقرباولى منه في الميراث ثم أقرباولى من المقر له قبل كما اذا اقرالعم بالاخ ثم اقربالولد فان صدقه دفع الى الثالث والافالى الثاني ويغرم للثالث[٦] ولواقرالولد بآخر ثم أقرا بثالث وأنكر الثالث الثاني كان للثالث النصف وللثاني السدس [٧]

انحصار الوارث .

١) لايبعد أن يكـون وجه الاشـكال اختصاص الدليل بهما ولا دليل على التعدي .

٢) الظاهر ان منشأ الاشكال قوله في الحديث « ولم تزل مقرة به » وقوله عليه السلام أيضاً « ولايز الا مقرين بذلك » فيستفاد مـن الرواية اشتراط دوام الاقرار وعدم النفي والله العالم .

٣) فان اقراره بالنسبة الى ما في يده نافذ من باب نفوذ اقرار العقلاء .

٤) فان مقتضى نفوذ الاقرار دفـع ما في يده اليهما .

٥) كماهو ظاهر فانها باقية الى أن ترتفـع بالاسباب الشرعية .

٦) كما مر الكلام في نظير المقام مع ما سبق من الاشكال فراجع .

٧) بتقريب ان ارث الثالث ثابـت باعتراف الاولين فهو احد الاثنين المتفق عليهما فيكون له النصف وللأول الثلث لأنه باعترافه احد الثلاثة فليس له الاثلث التركة ويبقى للثاني السدس .

ولو كانا معلومي النسب لايلتفت الى انكاره[١] الثالثة يثبت النسب بشهادة عدلين[٢] لا برجل وامراتين ولا برجل ويمين[٣] ولو شهد الاخوان بابن للميت وكانا عدلين كان أولى منهما ويثبت النسب[٤] ولو كانا فاسقين يثبت الميراث اذا لم يكن لهما ثالث[٥] دون النسب[٦].

كتاب الوكالة

ولابد فيها من الايجاب والقبول[٧]

ولا يبعد أن يقال بقسمة المال بينهم اثلاثاً فان اقرار الأولين بثالث ليس الا اقراراً باستحقاقه ثلث المال فلايستحق الابهذاالمقدار ولاأثر لانكاره نسب الثاني فلاحظ والله العالم بحقايق الامور .

١) كما هو ظاهر فلا تغفل .

٢) بلا كلام لعموم حجية البينة .

٣) فان قبول الشهادة واثبات المشهود بهـا يحتاج الى الدليل ولا دليل عليه في المقام .

٤) لحجية البينة .

٥) لنفوذ الاقرار .

٦) لعدم الدليل على الاعتبار فلاحظ والحمدلله اولا وآخراً وظاهراً وباطناً .

٧) أفاد السيد اليزدي قدس سره بأنه « لايشترط في الوكالة القبول ولذانرى انه لو قال وكلتك في بيع داري فباعها صح بيع الدار والظاهر الصحة ولو مع غفلة البايع عـن الوكالة وقصد النيابة وهذا دليل عدم تقوم الوكالة بالقبول وأيضاً نرى انه لو وكله وهو غائب في أمر فقبل الوكيل الوكالة بعد مضى ايام تصح والحال

. . . .

انه لايجوز الفصل بين الايجاب والقبول فالحق أن يقال : ان الوكالة تتحقق بالايجاب والقبول تارة وبالاذن في التصرف اخرى » هذا ملخص كلامه رفع في علو مقامه .

ويمكن أن يرد على ما أفاده اولا : بأن صحة البيع لاتدل على تحقق الوكالة بدون القبول بل الصحة من باب خروج البيع عن الفضولية بالأذن الصادر من المالك ويرد على ما أفاده ثانياً : انه لادليل على اشتراط كون القبول متصلا بالايجاب بل يجوز الفصل مع بقاء الايجاب بقوته السابقة ولذا نرى صحة الهدية والهبة ولو مع عدم اتصال قبولهما بل تجوز ان ولو مع الفصل الزماني الطويل

وربما يستدل على اشتراط القبول فيها بأنه اذا تحققت بلاقبول يلزم التصرف في نفس الغير بدون رضاه وهذا ينافي سلطنة كل احد على نفسه وفيه اولا : انه لااشكال في أن الاذن في التصرف يقتضي أن يصير المأذون مأذوناً في التصرف بلا اختيار منه وهل يمكن أن يقال: انه لايتحقق الاذن ولا يصير المأذون مأذوناً ؟ لأنه يلزم أن يكون الشخص مسلطاً على الغير على خلاف قانون سلطنة كل احد على نفسه . وثانياً لابد من ملاحظة الدليل فان اقتضى تحقق الوكالة بلا قبول نلتزم والافلا .

اذا عرفت ما تقدم نقول الذي يخطر بالبال أن يقال : ان الوكالة من العقود الامضائية وهي أمر رائج بين العقلاء والظاهر تقومها بالايجاب والقبول ولاتتحقق الوكالة بلا قبول ولو التزمنا بعدم قوامها بالقبول وقلنا بتحققها بمجرد الايجاب ، يلزم تحققها دائماً بالايجاب ولا مجال لأن يقال : انها على قسمين : تتحقق تارة بالايجاب والقبول وتتحقق اخرى بالايجاب فقط، اذ مع تحققها بالايجاب لاتصل النوبة الى القبول .

وان كان فعلا[١] أو متاخراً[٢] ولا يشترط فيها التنجيز فلو علقها على شرط غير حاصل حال العقد أو مجهول الحصول حينه فالظاهر الصحة[٣] ويصح تصرف الوكيل حينئذ عند تحقق الشرط[٤] وهي جائزة من الطرفين[٥]

وبعبارة اخرى مع تحققها بالايجاب يكون القبول الواقع بعدها أمراً اجنبياً عنها فصفوة القول : انه تارة يتحقق الاذن واخرى تتحقق الوكالة أما على الأول فلا يحتاج الى القبول كماهو ظاهروأما على الثاني فيحتاج الى القبول والله العالم

١) اذ لايشترط في تحققه اللفظ بل يصدق ولو بالقبول الفعلي فيترتب عليه أثره .

٢) بلا اشكال اذ لادليل على اشتراط التوالي بين ايجابها وقبولها بل تصدق ولو مع الفصل بين الايجاب والقبول وهذا العرف ببابك وهذه السيرة العقلائية نصب عينك .

٣) بتقريب : انه لادليل على اشتراط التنجيز في العقود الا الاجماع والقدر المعلوم منه غير المقام ولكن ادعي الاجماع على الاشتراط في خصوص المقام الا أن يقال: انه ليس اجماعاً محصلا بل غايته الاجماع المنقول ولا اعتبار به مضافاً الى أنه لو فرض تحصيله يكون محتمل المدرك فلايكون اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأيه عليه السلام .

٤) اذ المفروض ان دائرة الوكالة مضيقة والاذن في التصرف في اطار خاص

٥) بلا خلاف اجده بل الاجماع بقسميه عليه ـ هكذا في الجواهر ـ فاذا ثبت الاجماع التعبدي الكاشف عن رأي المعصوم فهو والا فيشكل الجزم بالمدعى لأن مقتضى اصالة اللزوم في كافة العقود المستفادة من قوله تعالى اوفوا بالعقود (*١)

---

١) المائدة/١

ولكن يعتبر في عزل الموكل له اعلامه به فلو تصرف قبل علمه به صح تصرفه[١] وتبطل بالموت[٢]

ان كل عقد لازم الا ما خرج بالدليل نعم بالنسبة الى الموكل فقد دلت جملة من النصوص على جواز عزله الوكيل :

منها : ما رواه معاوية ين وهب وجابر بن يزيد جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : من وكل رجلا على امضاء امرمن الامور فالوكالة ثابتة ابداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها (* ١) .

ومنها ما رواه هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل وكل آخر على وكالة في أمرمن الامور وأشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لأمضاء الأمر فقال : أشهدوا اني قد عزلت فلاناً عن الوكالة فقال : ان كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل العزل فان الأمر واقع ماض على ما امضاه الوكيل كره الموكل أم رضى (* ٢) .

١) كما يستفاد من النص لاحظ حديث ابن وهب المتقدم ذكره آنفاً ويدل على المدعى أيضاً حديث هشام المتقدم .

٢) أما بموت الوكيل فلا اشكال في البطلان لعدم ما يقتضي انتقالها بالارث الى وارثه وأما بموت الموكل فيظهر من كلام الجواهر ان البطلان موردالاجماع وذكر في وجه البطلان أيضاً: ان المال ينتقل بالموت الى الوارث فلاوجه لجواز تصرف الوكيل . واورد فيه بأنه لايتم المدعى في الثلث والحق أن يقال : ان الوكيل نايب عن الموكل والمفروض ان الموكل بنفسه معزول عن التصرف فلا مجال للنيابة فلاحظ .

(* ١) الوسائل الباب ١ من أحكام الوكالة الحديث : ١

(* ٢) الوسائل الباب ٢ من أحكام الوكالة الحديث : ١

وتلف متعلقها [١] وفعل الموكل [٢] وتبطل الوكالة بجنون الموكل [٣] وباغمائه حال جنونه واغمائه [٤] وفي بطلانها مطلقاً حتى بعد رجوع العقل والافاقة اشكال [٥] وتصح الوكالة فيما لايتعلق غرض الشارع بايقاعه مباشرة ويعلم ذلك ببناء العرف والمتشرعة عليه [٦] ولايتعدى الوكيل الماذون حتى في تخصيص السوق الااذا علم انه ذكره من باب احدالافراد [٧] ولوعمم التصرف صح مع المصلحة [٨] الافي الاقرار [٩]

---

١) لانتفاء الموضوع ومع انتفائه لامجال لبقائهاكما هو ظاهر .

٢) الكلام فيه هو الكلام فلاحظ .

٣) اذ المجنون لايترتب اثر على تصرفاته فكيف بتصرف وكيله مضافاً الى الاجماع المدعى في المقام .

٤) العمدة في وجه الاستدلال هو الاجماع المدعى في المقام وربما يقال : ان الوكيل نائب عن الموكل ومع سقوط الموكل عن الاعتبار لامجال لتصرف نايبه ووكيله نعم في النائم والسكران نقطع ببقائها وعدم بطلانها .

٥) تظهر من عبارة الأصحاب بطلانها بهما ومع فرض البطلان لادليل على رجوعها ، وملخص الكلام ان المدرك الاجماع والتسالم المدعى .

٦) كما هو ظاهر فانه يعلم من السيرة العقلائية وسيرة المتشرعة .

٧) كما هو ظاهر اذ ميزان الجواز وعدمه منوط باذنه .

٨) اذ لاوجه للتقييد وعدم العموم بل ان ثبت الاجماع على البطلان فيصورة عدم المصلحة فهو والا لكان للالتزام بالصحة مجال الا أن يقال : انه لادليل على التعميم فالقصور في المقتضي .

٩) ان ثبت اجماع تعبدي على عدم الجواز فهو والا فيمكن أن يكونالوجه

نعم اذاقال انت وكيلي في ان تقر علي هكذا لزيد مثلا كان هذا اقراراً منه لزيد به[١] والاطلاق يقتضي البيع حالا بثمن المثل بنقد البلد وابتياع الصحيح وتسليم المبيع وتسليم الثمن بالشراء والرد بالعيب[٢] ولا يقتضي وكالة الخصومة عند القاضي الوكالة في القبض وكذلك العكس[٣] ويشترط اهلية التصرف في الوكيل والموكل[٤] فيصح توكيل الصغير فيما جاز له مباشرته كالوصية اذا بلغ عشراً[٥]

فيه عدم جريان الوكالة فيه وانه غير قابل للتوكيل فيه بل لايتحقق الا بالمباشرة ويمكن أن يكون الوجه في المنع ان نفوذ الاقرار على المقر ، مختص بصورة المباشرة والله العالم .

١) فانه مصداق للاقرار فيؤخذ به .

٢) فان الظاهر لولا القرينة يقتضي ذلك وبعبارة اخرى الطبع الأولي في المعاملات يقتضي هكذا وعليه تحقق الوكالة في غير النحو المذكور يتوقف على الاثبات .

٣) لعدم الدليل وكل منهما اعم من الاخر فثبوت الوكالة في احدهما لايستلزم تحققها في الاخر .

٤) بلا اشكال ولا كلام .

٥) اذ بعد قيام الدليل على جواز وصيته على ما هو المقرر عندهم في كتاب الوصية من جواز وصيته اذا كان له عشر سنين يجوز توكيله اذ يبعد أن تكون المباشرة شرطاً بل يمكن أن يستدل على المدعى باطلاق ما دل على جواز وصيته فان مقتضى الاطلاق جوازها مباشرة وتوكيلا لاحظ ما رواه أبو بصير يعني المرادي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : اذ بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في

ويجوز أن يكون الصغير وكيلا ولو بدون اذن وليه(١) ولو وكل العبد

حق جازت وصيته واذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (* ١).

١) بتقريب انــه لادليل على سلب عبارته وانشائه وفيه انه قد دل الدليل عليه لاحظ مــا رواه ابن مسلم عــن أبي عبدالله عليه السلام قال عمد الصبي وخطاه واحد (* ٢) فان المستفاد من الحديث ان عمد الصبي في حكم خطائه وتخصيص الرواية بباب الجنايات لاوجه له .

بل يمكن الاستدلال على المدعى بمارواه عمار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عــن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال : اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك ان اتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلوة وجرى عليها القلم (* ٣) .

فان المستفاد من الحديث ان القلم على الاطلاق مرفوع عن الصبي فلايترتب على افعاله اثر وبعبارة اخرى : القلم مرفوع عنه بلا فرق بين التكليف والوضع ولاوجه للالتزام بأنه مخصوص بالتكليف وعلى هذا الأساس لافرق بين كونه مأذوناً من وليه وبين أن لايكون .

قال في الجواهر : « لاتصح وكالة الصبي لسلب عبارته وفعله فضلا عن عدم جواز تصرفه مميزاً كان أو لم يكن اذن فيه وليه أولم يأذن كما عرفته غير مرة (*٤)

---

١) الوسائل الباب ٤٤ من ابواب الوصايا الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب العاقلة الحديث : ٢

٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١٢

٤) الجواهر ج ٢٧ ص : ٣٨٧

باذن مولاه صح[١] ولا يوكل الوكيل بغير اذن الموكل[٢] وللحاكم التوكيل عن السفهاء والبله[٣] ويستحب لذوي المروات التوكيل في مهماتهم[٤]

فان المستفاد من كلامه ان توكيله باطل لسلب عبارته وحكم الأمثال واحد فلاحظ وقال أيضاً في شروط الوكيل : « ويعتبر فيه البلوغ وكمال العقل بلا خلاف ولا اشكال » (＊١) .

١) قال في الجواهر : « لااشكال ولا خلاف في أنه يجوز وكالة العبد اذااذن له مولاه للعمومات » الخ (＊ ٢) والأمر كما افاده .

٢) بلا اشكال فان الأمر والأختيار بيد الموكل فلابد من اذنه وبدون اذنه لايصح .

٣) فانه وليهم فله التوكيل عنهم ويمكن أن يقال : ان الحاكم حيث انه وليهم فتارة يقيم بأمرهم مباشرة واخرى يوكل غيره فالوكيل وكيل الحاكم لا لهم فلاحظ

٤) الذي يخطر ببالي القاصر عاجلا انهم يستحب لهم أن يحفظوا كرامتهم كي لايهانوا فيستحب التوكيل فتأمل مضافاً الى بعض النصوص منها: ما روي انه صلى الله عليه وآله وكل عمرو بن امية الضميري في قبول نكاح أم حبيبة وكانت بالحبشة ووكل أبارافع في قبول نكاح ميمونة بنت الحرث الهلالية خالة عبدالله بن العباس ووكل عروة بن الجعد البارقي في شراء شاة الاضحية ووكل السعاة في قبض الصدقات (＊٣) .

ومنها ما روي ان علياً عليه السلام وكل اخاه عقيلا في مجلس أبي بكر أو عمر وقال: هذا عقيل فما قضى عليه فعلي وما قضى له فلي ووكل عبدالله بن جعفر في مجلس عثمان (＊ ٤) .

---

١) الجواهر ج ٢٧ ص: ٣٩٣

٢) الجواهر ج ٢٧ ص : ٣٩٥

٣ و٤) مستدرك الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الاجارة الحديث : ٣ و٤

ولايتوكل الذمي على المشهور ولكن الاظهر الجواز [1] ولايضمن الوكيل الابتعدأوتفريط [2] ولاتبطل وكالته به [3] والقول قوله مع اليمين

---

١) لعدم مـا يقتضي المنع ونفى سبيل الـكافر على المسلم لايرتبط بالمقام وامثاله .

٢) قـال في الجواهر : « لاخـلاف بين المسلمين ولا اشكال في أن الوكيل سواء كان بجعل أو غيره كما هو صريح بعض وظاهر الباقين امين بالنسبة الى أنه لايضمن ما تلف في يده الا مع التفريط او التعدي كغيره من الأمناء» الخ .

وتدل على عـدم ضمان الامين جملة من النصوص منها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال اذاهلكت العارية عند المستعيرلم يضمنه الا أن يكون اشترط عليه (* ١) .

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العارية فقال لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأموناً (*٢) .

ومنها ما رواه محمد بـن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عـن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أو تسرق فقال : ان كان اميناً فلا غرم عليه (* ٣) ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وقال: ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن (*٤)

٣) لعدم التنافي بين صيرورة اليد يـد ضمان وبقاء وكالته على ما هي عليها لامن جهة بقائها بالاستصحاب كي يقال: ان الاستصحاب الجاري في الشبهة الحكمية

---

١) الوسائل الباب ١ من العارية الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث : ٧

٤) نفس المصدر الحديث : ٦

وعدم البينة في عدمه[١] وفي العزل والعلم به[٢] والتصرف[٣] وفى الرد اشكال والاظهر العدم[٤]

معارض بعدم الجعل الزايد بل من جهة ان الوكالة اذا ثبتت لاتزول الا بالرافع .

١) اذ العدم موافق للأصل فالقول قول منكر التفريط والافراط .

٢) الكلام فيهما هو الكلام فان مقتضى الاصل عدم العزل كما ان مقتضاه عدم حصول العلم به .

٣) الذي وكل فيه وانكر ذلك الموكل مثل أن يقول : بعت المتاع وتلف الثمن مني أو قال : قبضت له وتلف مني وانكر ذلك الموكل ويترتب على الأول غرامة الوكيل المبيع عيناً أو قيمة وفي الثانى عدم غرامة الثمن من الموكل لكون المبيع تلف قبل قبضه فربما يقال : بأن القول قول الموكل لكون قوله موافق للأصل وعن جامع المقاصد انه امتن دليلا وعن مجمع البرهان كأنه أظهر .

وفي قبال هذه الاستدلالات يمكن أن يقال: ان القول قول الوكيل لقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ولأنه امين قد نهي عن تخوينه الذي منه تكذيبه لاحظ ما رواه مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ليس لك أن تتهم من ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته (* ١) ، وانه محسن وليس عليه من سبيل وان في عدم تصديقه العسر والحرج المنفيين بالدليل واختلال نظام المعاملات بانصراف رغبة الناس عن معاملات الأولياء والوكلاء والمأذونين خصوصاً في المضاربات ولأن الموكل بتوكيله اقدم على قبول قوله فيما يفعل فيجب أن يصدقه كما الزم بتصديقه في دعوى التلف التى يكون الملاك فيها كونه اميناً وصاحب يد على ما اؤتمن فيه فلاحظ .

٤) الظاهر ان منشأ الاشكال انه يقبل قول الودعى عند الأصحاب في الرد والمقام

---

١) الوسائل الباب ٩ من أبواب الوديعة الحديث : ١

ولوادعى الوكيل التلف فالقول قوله الا اذا كان متهما فيطالب بالبينه[١] والقول قول منكر الوكالة[٢] وقول الموكل لوادعى الوكيل الاذن في البيع بثمن معين فان وجدت العين استعيدت فان فقدت أو تعذرت

كذلك من حيث الاحسان فالقول قوله ومن ناحية اخرى ان قوله مخالف الأصل فعليه البينة ولا وجه لقياسه على الودعي ولا يبعد ان هـذا اقرب باصول المذهب كما في كلام المحقق قدس سره .

١) لايبعد أن يكون التفصيل المذكورفي المتن مستفاداً من جملةمن النصوص لاحظ ما رواه أبو بصير يعني المرادي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لايضمن الصائـغ ولا القصار ولا الحائك الا أن يكونوا متهمين فيخوف فيجيئون بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً وفي رجل استأجر جمالا فيكسر الذي يحمل أو يحريقه فقال على نحو مـن العامل ان كان مأموناً فليس عليه شيء وان كان غيـر مأمون فهو ضامن (* ١) .

وما رواه أبوبصير أيضاًعن أبي عبدالله‌عليه السلام قال : كان علي عليه السلام يضمن القصار والصائغ يحتاط به على أموال الناس وكان أبوجعفرعليه‌السلام يتفضل عليه اذا كان مأموناً (*٢) ومارواه معاوية بن‌عمارعن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الصباغ والقصار فقال: ليس يضمنان قال الشيخ يعني اذا كانامأمونين فاما اذا اتهما ضمنا بحسب ما قد منا (* ٣) ، فان المستفاد من هذه الروايات انه مع الاتهام يجب على الأمين اقامة البينة .

٢) لأن قوله موافق للأصل .

---

١) الوسائل الباب ٢٩ من الاجارة الحديث : ١١

٢) نفس المصدر الحديث ١٢

٢) نفس المصدر الحديث : ١٤

فالمثل أوالقيمة ان لم يكن مثلياً[١] ولوزوجه فانكرالموكل الوكالة حلف[٢] وعلى الوكيل نصف المهرلها[٣]

---

١) فان الأصل عدم الاذن ومع عدم الاذن يتحقق الضمان بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي على ما هو المقرر عند القوم .

٢) فان اليمين على من انكر فما افاده على طبق القاعدة .

٣) استدل على المدعى بجملة من النصوص : منهاما رواه عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل قال لاخر : اخطب لي فلانة فمافعلت من شيء مما قاولت من صداق أوضمنت من شيء أو شرطت فذلك لي رضاًوهو لازم لي ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه فلما رجع اليه أنكر ذلك كله قال : يغرم لها نصف الصداق عنه وذلك انه هو الذي ضيع حقها الحديث (*١) وهذهالرواية ضعيفةبعمربن حنظلة .

ومنها ما رواه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام انه سأله عن رجل زوجته امه وهو غايب قال النكاح جايزان شاءالمتزوج قبل وان شاء تركفان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه (* ٢) .

ومنها ما رواه أبو عبيدة عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل امر رجلا أن يزوجه امرأة مناهل البصرة من بني تميم فزوجه امرأة مناهل الكوفة من بني تميم قال: خالف امره وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة ولاعدة عليها ولا ميراث بينهما فقال بعض من حضر: فان أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضاً ولا قبيلةثم جحد الامر أنه يكون أمره بذلك بعد ما زوجه فقال : ان كانللمأمور بينة ان كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الامروان لم يكن له بينة كانالصداق على المأمورلأهل المرأة

---

١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الوكالة الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٧ من أبواب عقد النكاح وأوليائه الحديث : ٣

وعلى الموكل ان كان كاذباً في انكاره الزوجية طلاقها [١] ولو لم يفعل وقد علمت بكذبه رفعت امرها الى الحاكم ليطلقها بعد امر الزوج بالانفاق عليها وامتناعه [٢] ولو وكل اثنين لم يكن لاحدهما الانفراد بالتصرف الا اذا كانت هناك دلالة على توكيل كل منهما على الاستقلال [٣] ولا تثبت الا بشاهدين عدلين [٤]

ولاميراث بينهما ولا عدة عليها ولها نصف الصداق ان كان فرضا لها صداقاً (*١) والسند معتبر .

١) لااشكال في حرمة التكذيب كما انه لااشكال في وجوب القيام بوظائف الزوجية وأما وجوب الطلاق فلم يظهرلي وجهه الا أن يقال : انها تقع في الحرام اذا لم يطلقها وفيه ان الدليل أخص من المدعى مضافاً الى ما فيه من الاشكال .

٢) قد تعرض الماتن لحكم من لاينفق على زوجته في المسئلة (٤) من مسائل النفقات وقد شرحنا كلامه هناك فراجع ما ذكرناه هناك .

٣) كما هو ظاهر اذ الأمر بيد الموكل وباختياره ولا يجوز التخطي عن امره فلو كانت الوكالة للمجموع لم يكن لواحد الاقدام بالانفراد الا مع قيام دليل على استقلال كل منهما منفرداً عن الاخر .

٤) لايبعد أن يكون الماتن ناظراً الى صورة النزاع والاختلاف وبعبارة اخرى : تارة يقع الكلام في أن الوكالة بأي طريق تثبت واخرى في اثباتها عند المرافعة أما في الصورة الأولى فطريق اثباتها كبقية الموضوعات الخارجية وأما اثباتها في صورة المخاصمة والادعاء والانكار فتحقيق الحال موكول الى كتاب القضاء ويمكن أن يكون الماتن ناظراً الى أن مقتضى الأصل الأولي عدم الثبوت وانما نلتزم بثبوت الموضوعات بقول الثقة بالسيرة العقلائية فلابد من الاقتصار

---

*١) الوسائل الباب ٢٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد

ولواخر الوكيل التسليم مع القدرة والمطالبة ضمن[١] .

(مسألة) : الوكيل المفوض اليه المعاملة بحكم المالك يرجع عليه البايع بالثمن ويرجع عليه المشتري بالمثمن وترد عليه العيـن بالفسخ بعيب ونحوه ويؤخذ منه العوض[٢] .

كتاب الهبة

وتصح في الاعيان المملوكة وان كانت مشاعة[٣]

على مقدار تحققها وبعبارة اخرى : لامجال للأخذ بالاطلاق أو العموم فمع الشك لابد من اشتراط قيام البينة والله العالم .

١) اذ بالتأخير المذكور تصير يده يد عدوان موجب للضمان .

٢) الأمر كما افاده فـان معنى الوكيل المفوض ما ذكر هذا تمام الكلام في الوكالة وقد حصل الفراغ من كتابتها في يوم الجمعة الرابع والعشرين من شهر رجب من السنة ١٤٠٩ على مهاجرها آلاف التحية والثناء .

٣) بلا خلاف كما فـي بعض الكلمات بل حكي عليه الاجماع والظاهر انه لامجال للاشكال والسيرة الجارية عليها بـلا نكير اقوى شاهد على المدعى هـذا بالنسبة الى الاعيان الشخصية غير المشاعة التى هي القدر المتيقن من جواز الهبة بالنسبة اليها وبالنسبة الـى المشاع فمضافاً الى مـا تقدم يمكن الاستدلال عليه بما ما رواه عمر الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سألته عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار ، قال : يجوز قلت : أرأيت ان كانت هبة ، قال يجوز الحديث (*١) .

---

١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب أحكام الهبات الحديث : ١

ولاتبعد ايضاً صحة هبة ما في الذمة لغير مـن هو عليه ويكون قبضه بقبض مصداقه[١] ولابد في الهبة من ايجاب وقبول[٢]

---

١) قال صاحب العروة قدس سره ، وأما هبته لغير من عليه فالمشهور عـدم صحتها الخ واستدل لعدم الصحة بأن القبض شرط في صحة الهبة ومـا في الذمة غير قابل للقبض والفرد الخارجي ليس هو الكلي بل فرده وبعبارة اخـرى الذي تعلق به الهبة هو الكلي والذي تعلق به القبض الفرد الخارجي .

وأجيب عن الاشكال بأن الكلي الطبيعي موجود بوجود الأفراد فاقباض الكلي وقبضه قابل باقباض فرده وقبضه فلا اشكال .

والذي يختلج بالبال أن يقال ان الاشكال كل الاشكال من ناحية المقتضي فان الالتزام بالصحة يتوقف على دليل يدل على النحو العـام أو الخاص على الصحة والا فعدم الجواز على طبق القاعدة الأولية واستدل على الجواز بما رواه صفوان بن يحيى قال : سألت الرضا عليـه السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي لـه عليه ، فقال : انـه ليس عليك منه شيء في الدنيا والاخرة ، يطيب ذلك له وقد كان وهبه لولد له قـال : نعم يكون وهبه له ثم نزعه فجعله لهذا (* ١) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث انه يجوز هبة ما في ذمة الغير للولد فلامانع من هبة ما في الذمة .

ان قلت الهبة للولد لايجوز الرجوع فيها قلت الهبة مشروطة بالقبض والمفروض عدم تحقق القبض واطلاق النزع باعتبار العقد لاباعتبار القبض .

٢) ربما يستدل على المدعى بأن الهبة تمليك وتملك فيلزم فيها الايجاب من طرف والقبول من طرف آخر وفيه انه مصادرة فالأولى في مقام الاستدلال أن يقال

---

١) الوسائل الباب ٢ من أحكام الهبات الحديث : ١

ولو معاطاة[١] من المكلف الحر[٢] ولو وهبه ما في ذمته كان ابراء[٣] ويشترط فيها القبض[٤]

الهبة لاتكون أمراً تأسيسياً من قبل الشارع الأقدس بل الهبة امر عقلائي دائرة فيما بين العرف والعقلاء والشارع الأقدس أمضاها ولااشكال في أنها مركبة من الايجاب والقبول عند العرف فلا اشكال في توقفها على الايجاب والقبول .

١) كما عليه السيرة ويكفي اطلاق الدليل أيضاً لاحظ ما رواه ابراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك ، فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها الحديث (*١) .

٢) فان العبد لايقدر على شيء .

٣) ان كان المراد من العبارة ان النتيجة الابراء فتام اذ نتيجة تملك الانسان لما في ذمته سقوط ما فيها فتكون الهبة كالابراء من حيث النتيجة وأما ان كان المراد ان هبة ما في الذمة في المقام عبارة عن الابراء فغير تام اذ الهبة عبارة عن التمليك والتملك كما تقدم وليست مصداقاً للابراء ويظهر من كلام الجواهر انها صحيحة بلا خلاف قال قدس سره : « بل في بعض كتب مشايخنا ظاهر هم الاتفاق عليه » الخ

ويدل على الجواز ما رواه معاوية بن عمار قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له ، أله أن يرجع فيها قال : لا (*٢) .

٤) كما هو المعروف بينهم ويدل على المدعى بعض النصوص، منها ما رواه ابان عمن أخبره عن أبي عبدالله عليه السلام قال: النحل والهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها ، قال : هي بمنزلة الميراث ، وان كان لصبي في حجره وأشهد عليه فهو

---

١) الوسائل الباب ٤ من احكام الهبات الحديث : ٦

٢) الوسائل الباب ١ من احكام الهبات الحديث : ١

. . . .

جائز (*١) .

ومنهاما رواه داود بن الحصين عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الهبة والنحلة مالم تقبض حتى يموت صاحبها قال : هي ميراث الحديث (* ٢) .

ومنها ما رواه أبو بصير عن أبى عبدالله عليه السلام قال : الهبة لاتكون أبداً هبة حتى يقبضها ، والصدقة جايزة عليه الحديث (* ٣) .

فان المستفاد من هذه النصوص بقاء الموهوب في ملك الواهب مالم يقبض ولذا يكون ميراثاً لومات الواهب قبل القبض وربما يقال: ان مقتضى قوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود» (*٤) ، الصحة قبل القبض بتقريب ان المستفاد من الاية وجوب الوفاء بالعقد والعقد يتحقق قبل القبض .

وفيه ان الاية الشريفة دليل اللزوم لاالصحة وعلى تقدير الدلالة على الصحة لابد من تخصيصها بما مر من النصوص وربما يقال : ان المستفاد من حديث عبد الرحمن بن سيابة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا تصدق الرجل بصدقة أو هبة قبضها صاحبها أو لم يقبضها علمت أو لم تعلم فهى جائزة (*٥) .

وحديث أبي بصير قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض ، قسمت أو لم تقسم والنحل لاتجوز حتى تقبض ، وانما أراد الناس ذلك فأخطأوا (*٦) ، الصحة قبل القبض .

---

١) الوسائل الباب ٤ من أحكام الهبات الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٥

٣) نفس المصدر الحديث : ٧

٤) المائدة/١

٥) الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام الهبات الحديث : ٣

٦) نفس المصدر الحديث : ٤

. . . .

وفيه ان المستفاد من الحديثين عـدم اللزوم وهو كذلك وان أبيت عن ذلك فغاية المستفاد منهما الصحة قبل القبض بمقتضى الظهور العرفي، لكن ترفع اليد عن الظهور بمادل صريحاً من النصوص على عدم تحقق الصحة قبل القبض وبما ذكرنا يظهر الجواب عن حديث ابي مريم (* ١).

لكن لو قطعنا النظر عن الجواب الأول لايكون الجواب الثاني تاماً لأنه قد صرح في الرواية بكونه جايزة قبل القبض وبعد القبض فكيف يمكن تخصيصها بما بعد القبض فالعمدة في رفع الأشكال الجواب الأول بأن نقول المراد بالجواز عدم كونها لازمة قال الشيخ قدس سره في الخلاف: «الهبة لاتلزم الا بالقبض» فالجواز المذكور في الحديث ما يقابل اللزوم لكن يمكن أن يقال ان الجواز متفرع على الصحة.

وبعبارة اخرى: الجواز متقوم بالصحة فالتعارض بحاله والترجيح بمخالفة القوم مع مادل على عدم اشتراط القبض فان الشيخ قدس سره بعد ما قال «الهبة لاتلزم الا بالقبض» قال: «وبه قال في الصحابة ابو بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس ومعاذ القاريء وانس وعايشة ولانعرف لهم مخالفاً وبه قال الشافعي» الخ فمقتضى الصناعة عـدم الاشتراط الا أن يتم المدعى بالتسالم والأجماع والله العالم.

وقد ذكرنا اخيراً انـه لادليل على الترجيح لابموافقة الكتاب ولا بمخالفة القوم بل الترجيح منحصر في الاحدثية وحيث ان الاحدث غير معلوم يدخل المقام في اشتباه الحجة بلا حجة فتصل النوبة الى الأصل العملي ومقتضاه عدم الصحة الا بالقبض وبعبارة اخرى: مقتضى الاصل عدم تحقق الملكية الا بالقبض فلاحظ

---

١) نفس المصدر الحديث: ٢

ولابد فيه من أذن الواهب[١] الاأن يهبه ما في يده فلاحاجة حينئذ الى قبض جديد[٢] وللاب والجد ولاية القبول والقبض عن الصغير[٣]

---

١) كما هو المشهور وعن الجواهر عليه الاجماع بقسميه وعن المسالك انـه لاخلاف فيه عندنا ويمكن الاستدلال على المدعى مضافاً الى الاجماع المدعى وعدم الخلاف والشهرة بما رواه أبو بصير عن أبى عبدالله عليه السلام قال: الهبة لاتكون أبداً هبة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه الحديث (* ١) .

فان المستفاد من الحديث توقف الصحة على اقباض الواهب اياها فان قوله عليه السلام « حتى يقبضها » يقتضي أن يكون القبض باذن الواهب اضف الى ذلك أن المفروض عـدم صحة الهبة قبـل القبض فالموهوب باق في ملك الواهب قبل القبض فيكون قبضه بلااذن الواهب حراماً وتصرفاً في ملك الغير ومعه كيف يمكن أن يكون مملكاً .

لكن هذه الرواية طرف المعارضة فكيف يمكن جعلها دليلا على المدعى فنقول مضافاً الى الاجماع المدعى وعدم الخلاف كذلك يمكـن اثبات الدعوى بالاصل بالتقريب المتقدم .

٢) اذ الشرط وهو القبض حاصل فلا مقتضي لتجديد القبض .

٣) فانهما وليان على الصغير فمقتضى القاعدة الجواز مضافاً الى النص الخاص لاحظ ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام (* ٢) ولاحظ ما رواه علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الصدقة اذا لم تقبض هل تجوز لصاحبها ؟ قال : اذا كان أب تصدق بها على ولد صغير فانها جائزة لأنه

---

١) نفس المصدر الحديث : ٧

٢) لاحظ ص : ٣١٥

والمجنون اذا بلغ مجنونا[١] أما لو جن بعد البلوغ فولاية القبول والقبض للحاكم[٢] ولو وهب الولي أحدهما وكانت العين الموهوبة بيد الولي لم يحتج الى قبض جديد[٣] وليس للواهب الرجوع بعد الاقباض ان كانت لذي رحم[٤]

يقبض لولده اذا كان صغيراً، واذا كان ولداً كبيراً فلا يجوز له حتى يقبض الحديث(*١).

١) بتقريب أن الولاية ثابتة قبل البلوغ فاذا جن بالغاً يجري استصحاب بقاء الولاية وفيه ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم جعل الزائد لكن يمكن الاستدلال على المدعى بما دل على ولاية الأب على الطلاق والنكاح بتقريب الأولوية فلاحظ .

٢) لايبعد أن يكون وجه التفريق ان ولايته عليه في الجنون المتصل بزمان عدم بلوغه مورد التسالم وأما في الجنون العارض بعد البلوغ فلا اجماع فتصل النوبة الى الحاكم الشرعي وهو الولي العام فانه يظهر من كلام الجواهر في كتاب الحجر ان كون الولاية للحاكم مع تجدد الجنون بعد البلوغ مورد الاجماع .

٣) اذ المفروض تحقق القبض فلا وجه للتجديد .

٤) لجملة من النصوص ، منها ما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله وعبدالله بن سليمان (سنان) جميعاً قالا : سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء أم لا ؟ فقال تجوز الهبة لذوي القرابة والذي يثاب عن هبته ويرجع في غير ذلك انشاء (* ٢) .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال : الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها انشاء حيزت أولم تحز الا لذي رحم فانه لايرجع

---

١) الوسائل الباب ٥ من ابواب أحكام الهبات الحديث : ٥

٢) الوسائل الباب ٦ من أحكام الهبات الحديث : ١

أو بعد التلف[١] أو التعويض[٢] وفي التصرف خلاف ، والاقوى جواز الرجوع اذا كان الموهوب باقياً بعينه[٣] فلو صبغ الثوب أو قطعه أو خاطه[٤] او نقله الى غيره لم يجز له الرجوع[٥]

فيها (* ١) .

ويستفاد من حديث داود بن الحصين عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته هل لأحد أن يرجع في صدقة أوهبة ؟ قال: أما ماتصدق به لله فلا، وأما الهبة والنحلة فانه يرجع فيها حازها أولم يحزها وان كانت لذي قرابة (* ٢) ، جواز الرجوع وان كانت الهبة لذي رحم والرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ الى علي بن الحسن بن فضال والرواية بسندها الاخر مرسلة .

١) لاحظ ما رواه جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع والا فليس له (* ٣) فان المستفاد هذه الروان ان الرجوع في الهبة مشروط يكون الموهوب قائماً بعينه فلا مجال للرجوع مع تلف العين كما هو المفروض .

٢) يمكن أن يستدل على المدعى بأن المستفاد من الدليل جواز رجوع الواهب فيما وهبه ومع التبديل لامجال للرجوع فيه فلا يجوز مع التعويض .

٣) الظاهر ان كلام الماتن ناظر الى حديث جميل (* ٤) فان صدق عنوان قيام العين بعينها يجوز والا فلا .

٤) بتقريب أنه ان تغيرت لاتكون قائمة بعينها .

٥) لما مر من أن موضوع الحكم الرجوع في الهبة ومع النقل لامجال لـه

---

١) نفس المصدر الحديث : ٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

٣) الوسائل الباب ٨ من أحكام الهبات الحديث : ١

٤) مر آنفا

وله الرجوع في غير ذلك[١]

فلا يجوز .

١) لاحظ مارواه جميل ، فان مقتضاه جواز الرجوع الافيما يقوم دليل على عدم الجواز ويستفاد من بعض النصوص عدم جواز الرجوع في الهبة منها مارواه اليونسي قال : كتبت الى علي بن محمد عليهما السلام : رجل جعل لك شيئاً من ماله ثم احتاج اليه أيأخذه لنفسه أم يبعث به اليك ؟ فقال : هو بالخيار في ذلك مالم يخرجه عن يده ، ولو وصل الينا لرأينا أن نواسيه وقد احتاج اليه (* ١) . وهذه الرواية ضعيفة بالعبيدي .

ومنها ما رواه جراح المدائني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة سنداً أيضاً .

ومنها مارواه ابراهيم بن عبدالحميد ، عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال : أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك ، فاذا خرجت الى صاحبهافليس لك أن ترجع فيها ، وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة سنداً .

ومنها مارواه أبو بصير قال: سألته عن الرجل يشتري البيع فيوهب له‌الشيء فكان الذي اشترى لؤلؤاً فوهب له لؤلؤاً، فرأى المشتري في اللؤلؤ أن يرد، أيرد ما وهب له ؟ قال الهبة ليس فيها رجعة وقد قبضها انما سبيله على البيع فان رد المتباع البيع لم يردمعه الهبة (*٤) وهذه الرواية ضعيفة سنداًمضافاً الى‌أن‌العموم

---

١) الوسائل الباب ٤ من احكام الهبات الحديث : ٨

٢) الوسائل الباب ١٠ من احكام الهبات الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث : ٤

٤) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الخيار الحديث : ١

فان عاب فلا أرش [١] وان زادت زيادة متصلة تبعت على التفصيل المتقدم في المفلس [٢] والا فللموهوب له [٣].

(مسألة ١) : في الهبة المشروطة يجب على الموهوب له العمل بالشرط [٤] فاذا تعذر أو امتنع المتهب من العمل بالشرط جاز للواهب الرجوع في الهبة [٥] بل الظاهر جواز الرجوع في الهبة المشروطة قبل العمل بالشرط [٦] وفي الهبة المطلقة لا يجب التعويض على الاقوى [٧]

والاطلاق قابلان للتخصيص والتقييد فلاحظ .

١) لعدم دليل على الارش ولابد في العيب الحادث فيه أن لايكون مغيراً للعين أما لو كان مغيراً لها بحيث لايصدق أنها قائمة بعينها لايجوز الرجوع لانتفاء الموضوع على الفرض .

٢) فراجع هناك .

٣) اذ لامقتضي للرجوع الى الواهب فيكون باقياً في ملك الموهوب له فلاحظ .

٤) لدليل وجوب الوفاء بالشرط .

٥) لاطلاق دليل جواز الرجوع في الهبة بل يمكن الاستدلال بمفهوم حديث عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا عوض صاحب الهبة فليس له أن يرجع (* ١) فان مقتضى مفهوم الشرطية جواز الرجوع مع عدم التعويض .

٦) بعين التقريب المتقدم ذكره آنفاً .

٧) لعدم دليل على الوجوب .

---

١) الوسائل الباب ٩ من احكام الهبات الحديث : ١

لكن لو عوض المتهب لزمت [١] ولم يجز للواهب الرجوع [٢] ولو بذل المتهب العوض ولم يقبل الواهب لم يكن تعويضاً [٣] والعوض المشروط ان كان معيناً تعين [٤] وان كان مطلقاً أجزأ اليسير الااذا كانت قرينة على ارادة المساوي من عادة أو غيرها [٥] ولا يشترط في العوض أن يكون عيناً بل يجوز أن يكون عقداً أو ايقاعاً كبيع شيء على الواهب أو ابراء ذمته من دين له عليه أو نحو ذلك [٦]

كتاب الوصية

وهي قسمان: تمليكية بأن يجعل شيئاً من تركته لزيد أو للفقراء مثلا بعد وفاته فهي وصية بالملك أو الاختصاص، وعهدية بأن يأمر بالتصرف بشيء يتعلق به من بدن أو مال كأن يأمر بدفنه في مكان

---

١) لاطلاق حديث ابن سنان (* ١) فان مقتضى اطلاقه عدم جواز الرجوع مع العوض بلا قيد فيتم ما أفاده في المتن.

٢) فانه صرح في حديث ابن سنان بعدم جواز الرجوع في الهبة المعوضة.

٣) فان مجرد البذل لايحقق التعويض كما هو ظاهر ومن ناحية اخرى لادليل على وجوب قبول المبذل فلا يجب.

٤) كما هو ظاهر فاذا اشترط عليه ان يهبه الكتاب الفلاني تجب هبته بعينه.

٥) فان الاجزاء لازم الاطلاق الا مع القرينة الصارفة او المعينة كما هو ظاهر

٦) لصدق العوضية ومع صدق التعويض يترتب عليه حكمه من اللزوم وعدم جواز الرجوع والحمد لله اولا وآخراً وظاهراً وباطناً والصلاة على محمد وآله

---

١) لاحظ ص: ٣٢١

معين أو زمان معين أو يأمر بأن يعطي من ماله احداً او يستناب عنه في الصوم والصلاة من ماله أو يوقف ماله أو يباع أو نحو ذلك (١

الطاهرين المعصومين واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين . وقد وقع الفراغ من بحث كتاب الهبة في يوم السبت الثامن عشر من شهر رجب المرجب من السنة ١٤٠٩ من بعد الهجرة على مهاجرها و آله آلاف التحية والثناء في البلدة الطيبة قم المقدسة .

١) قال في المختصر النافع : « الوصية تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف » الخ وقال في الحدائق : « قالوا: الوصية تمليك عين او منفعة أو تسليط على التصرف بعد الوفاة » الخ .

الى غير ذلك من الكلمات والظاهر انه لاخلاف بينهم في أن الوصية تمليكية وعهدية ويكفي دليلا لصحة القسمين قوله تعالى« كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقاً على المتقين فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه (*١) فان مقتضى اطلاق هذا الكلام الالهي جواز كلا القسمين .

ونعم ماقال سيد المستمسك في هذا المقام : فانه (قده) افاد في جملة من كلامه ان مقتضى الاطلاق جواز الوصية على الاطلاق .

وصفوة القول : ان مقتضى اطلاق الاية المباركة جواز الوصية بأي نحو كان والتخصيص يحتاج الى دليل خارجي اضف الى ذلك النصوص الواردة في الموارد المتعددة الدالة على الجواز والصحة مضافاً الى وضوح الامر بين المتشرعة والسيرة الجارية بينهم .

وبما ذكرنا ظهر ان ما أفاده في المتن تام اذ بمقتضى الدليل تجوز الوصية على الاطلاق بلا فرق بين كونها تمليكية أو عهدية بانواعها من المذكورات في المتن وغيرها كما ان مقتضى الاطلاق عدم الفرق في التمليكية بين كون الوصية

---

١) البقرة / ١٨١ و١٨٢

فان وجه امره الى شخص معين فقد جعله وصياً عنه وجعل له ولاية التصرف [1] وان لم يوجه امره الى شخص معين ولم تكن قرينة على التعيين كما اذا قال اوصيت بأن يحج عني أو يصام عني أو نحو ذلك فلم يجعل له وصياً معيناً كان تنفيذه من وظائف الحاكم الشرعي [2].

بالملك ، كما لو اوصى بكون الدار الفلانية لزيد ، وأن تكون بالاختصاص كما لو أوصى بكون الدار الفلانية ، للفقراء فـان جعلها للفقراء قرينة على أن الوصية ليست بالتمليك فانه من الواضح ان الدار الفلانية لايمكن أن تكون ملكاً لجميع الفقراء بالملك الشخصي .

١) كما هو ظاهر، فانه في هذه الصورة يكون تكليف انفاذها متوجهاً الى ذلك ذلك المعين .

٢) بتقريب ان المورد من الامور التي لايرضى الشارع بعدم تحققها وبعبارة اخرى : لابد من القيام بها والقدر المتيقن هو الحاكم اذ التصرف في شئون الغير يحتاج الى الدليل فمع وجود الحاكم لاتصل النوبة الى غيره هذا ما يمكن أن يقال في هذا المقام .

ولقائل أن يقول : ان القيام بمورد الوصاية وظيفة لعامة المكلفين بنحو الوجوب الكفائي، وذلك لأنه لااشكال في أن الوصاية تحتاج الى الوصي ومن ناحية اخرى الاهمال في الواقع غير معقول ، فمع عدم التعيين يكون الامر متوجهاً الى الكل وبعبارة اخرى : ان مقتضى الاطلاق ايكال الامر من قبل الموصي الى غيره على نحو الاطلاق ، وان شئت قلت مـع عدم تفويض الامر الى شخص معين أو اشخاص كذلك ، اما لايجعل امر التصرف الى الغير واما يجعل وعلى الثاني اما بالنحو المهمل وأما بالنحو الاطلاق أما على الاول فلا يتم امر الوصاية وأما على الثاني فيلزم الاهمال في الواقع وهو غير معقول ، واما على الثالث فيجوز لكـل

(مسألة ١) : الوصية العهدية لاتحتاج الى قبول سواء لم يجعل له وصياً أم جعل[1] ، نعم لورد الموصى اليه في حال حياة الموصي

احد القيام به ولايختص الحكم بالحاكم، ولواغمض عماذكرنا وسلمنا عدم جعل الموصي وصياً فلنا أن نقول بأى دليل ثبت وجوب القيام بامره كي يقال يتعين للقيام بالامر الحاكم الشرعي .

الا أن يقال : انه مع الغفلة يمكن تصور الاهمال من هذه الجهة فيدخل المقام في الامور الحسبية والقائم بها الحاكم الشرعي .

١) قال في المستمسك : هذا مما لاينبغي الاشكال فيه ، ويمكن الاستدلال على المدعى بوجهين :

الوجه الاول: اطلاق قوله تعالى (*١) فان مقتضى اطلاق الاية صحة الوصية بلااشتراط ايجابها بالقبول .

ودعوى انالاية في مقام بيان حكمها بعد تحققها بشرائطها مردودة بأن الظاهر من الاية التشريع والحث عليها ومقتضى الأصل العقلائي اطلاق الحكم ويؤكد المطلوب ذيل الاية وهو قوله تعالى «فمن بدله» الخ فان مقتضى هذه الجملة حرمة التبديل واستثنى منها صورة خوف الجنف اذ الاستثناء دليل العموم والاطلاق .

الوجه الثاني : النصوص الخاصة الدالة على وجوب العمل بالوصية في صورة عدم الرد أو الرد غير البالغ الموصي ، منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ان اوصى رجل الى رجل وهوغائب فليس له أن يرد وصيته ، وان اوصى اليه وهوبالبلد فهو بالخيار انشاء قبل وانشاء لم يقبل (* ٢)

ومنها ما رواه فضيل بن يسار ، عن أبى عبدالله عليه السلام في رجل يوصى اليه ، قال : اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها ، وان كان في مصر يوجد فيه

---

١) لاحظ ص : ٣٢٣

٢) الوسائل الباب ٢٣ من أحكام الوصايا الحديث : ١

وبلغه الرد في زمان يمكنه جعل وصي آخر لم يلزمه العمل بالوصية[١] وأما التملكية فكما اذا قال : هذا المال لزيد بعد مماتي فالمشهور احتياجها الى القبول من الموصي له والا ظهر عدمه[٢] .

غيره فذاك اليه (* ١) .

ومنها مارواه منصور بن حازم عن أبى عبدالله عليه السلام قال : اذا اوصى الرجل الى اخيه وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته لأنه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره (* ٢) الى غيرها من النصوص الواردة في الباب فان مقتضى هذه النصوص جواز الوصية وتحققها ولو مع عدم القبول .

١) بلا اشكال بل اجماعاً كما في بعض الكلمات وتدل على المدعى جملة من الصنوص لاحظ ما رواه محمد بن مسلم ومارواه الفضيل ومنصور (*٣) ومارواه الفضيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال في الرجل يوصى اليه قال : اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها (* ٤) .

فلا اشكال في أصل الحكم انما الاشكال في أنه هل يجوز الرد مع عدم امكان جعل غيره وصياً لايبعد أن يستفاد من نصوص الباب وجوب القبول وعدم جواز الرد في هذه الصورة ، فلاحظ .

٢) لاطلاق دليل نفوذ الوصية وصحتها وما يمكن أن يقال أو قيل في وجه كون القبول جزئاً للسبب او شرطاً له امور :

الاول الاجماع المدعى في المقام وفيه اولا انه قدحقق في محله ان الاجماع المنقول ليس حجة وثانياً ان الاجماع على تقدير تحققه محتمل المدرك فلايكون

---

١) الوسائل الباب ٢٣ من أحكام الوصايا الحديث : ٢ و ٣

٢) الوسائل الباب ٢٣ من احكام الوصايا الحديث : ٣

٣) لاحظ ص : ٣٢٥

٤) الوسائل الباب ٢٣ من أحكام الوصايا الحديث : ٥

. . . .

حجة وثالثاً ان الاجماع المدعى في المقام اجماع على كون الوصية التمليكية من العقود.

وعليه نقول: كيف يمكن جواز الفصل بين الايجاب والقبول فان بنائهم على صحة القبول بعد الموت والمقرر في محله ان الموالاة شرط في العقود، وفيه اشكال بل الحق عدم اشتراط الموالاة مضافاً الى ان موت الموجب يقتضي سقوط قابلية العقد للحقوق القبول بالايجاب فلاحظ.

الثاني: ان غاية مايستفاد من دليل نفوذ الوصية نفوذها بالنسبة الى مايكون للموصي سلطان عليه، وحيث انه لاسلطان لأحد على غيره فلا تنفذ.

وفيه: ان الاقتصار المذكور خلاف اطلاق دليل نفوذ الوصية ولا وجه لهذا التقييد ان قلت: انه على خلاف قاعدة سلطنة كل احد على نفسه فيقع التعارض بين الدليلين ولا وجه للترجيح قلت: اولا انه لامانع من رفع اليد عن دليل السلطنة بدليل نفوذ الوصية.

وبعبارة اخرى: اي دليل دل على كون الانسان مسلطاً على نفسه بحيث لايمكن لغيره جعله مالكاً وان شئت قلت: انه لاعموم لدليل السلطنة كي يعارض عموم دليل الوصية.

وثانياً: سلمنا التعارض لكن الترجيح مع دليل نفوذ الوصية اذ قد حقق في الاصول ان المخالف للكتاب يضرب على الجدار وثالثاً ان السلطنة تحفظ بامكان الرد من قبل الموصى اليه على القول به.

الثالث: انه عديم النظير ويرد عليه: اولا: انه ليس كذلك بل له نظائر فان حصول الملك القهري كثير فان الشخص يرث من مورثه بموته وأيضاً يملك عوض المال التالف في ذمة المتلف وقس عليه مالكية المجني عليه بالجناية والامر كذلك في الوقف.

وثانياً مع دلالة الدليل لامانع من الالتزام بالمقصود ولا يكون عدم النظير

(مسألة ٢) : تتضيق الواجبات الموسعة اذالم يطمأن بالتمكن من الامتثال مع التأخير كقضاء الصلاة والصيام واداء الكفارات والنذور ونحوها من الواجبات البدنية وغيرها فتجب المبادرة الى الى ادائها [١] واذا ضاق الوقت عن ادائها وجب الايصاء والاعلام

مانعاً من الاخذ بالدليل فالنتيجة ان الحق ما أفاده في المتن .

الرابع : ان مقتضى الاصل عدم انتقال المال الى الغير مع عدم القبول ويرد عليه انه ان قام دليل على صحة الوصية كما هو كذلك فلا مجال للأصل وان لم يقم فمقتضى الأصل عدم الانتقال حتى مع القبول فلاحظ .

١) والوجه فيه ان امتثال التكاليف واجب بحكم العقل والموسع انما يجوز التأخير فيه فيما يكون للمكلف طريق الى امكان الامتثال .

ويمكن أن يقال : انه لاتصل النوبة الى دوران الامر بين التعيين والتخيير كما في كلام السيد الحكيم (قدس سره) فان الترديد بين الامرين يتصور بالنسبة الى حكم الشارع وأما في نفس حكم العقل فلا مجال للترديد اذ لامعنى ان الحاكم يتردد في موردحكمه فالنتيجة ان العقل يحكم بالتعيين بلااشكال اذ مع عدم المبادرة الى الامتثال لايكون آمناً من الضرر فيجب دفع الضرر بحكم العقل ومقتضى هذا البيان وجوب المبادرة حتى مع عدم الظن بالتمكن .

وبعبارة اخرى : تجب المبادرة بمجرد احتمال عدم التمكن الا أن يقال : بأن الاجماع القولي والعملي يقتضي جواز التأخير مع عدم الظن بالضيق .

ولقائل أن يقول انه لو قام بينة عادلة على بقاء الشخص يجوز الاستناد اليها فلا تجب المبادرة وعليه فما المانع من قيام الاستصحاب الاستقبالي ؟ اذ قد ثبت في محله قيام الاستصحاب مقام القطع الطريقي ولذا لايجب البدار في الواجبات الموسعة ويجوز تأخيرها الى آخر وقتها كما أنه يجوز البدار لذوي الاعذار .

بها على الاقوى [١] الا أن يعلم بقيام الوارث اوغيره به [٢] وأماأموال الناس من الوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوهامما يكون تحت يده فالظاهر عدم وجوب المبادرة الى ادائه [٣] الا اذاخاف عدم اداء

---

١) بتقريب ان الايصاء نحو من الافراغ للذمة فيجب أما مع العلم بقيام الغير بالافراغ فظاهر وأما مع الشك فمن باب الشك في القدرة ومعه لاتصل النوبةالى البراثة .

ويردعليه: ان اثبات وجوب الايصاء بهذا التقريب فيغاية الاشكال اذ المسلم تكليف المكلف باداء ما في ذمته والمفروض عدم تمكنه فوجوب الايصاء يحتاج الى دليل مفقود .

نعم يمكن أن يقال : بأن المفروض اشتغال ذمته بالمذكورات ولا اشكال في وجوب افراغالذمة ولااشكال أيضاًان الايصاء بها نحومنالامتثال و نحومن الافراغ فيجب ويؤيد المدعى بل تدل عليه جملة من النصوص : منها ما رواه جعفر بن محمد عن ابيه قال : قال علي عليه السلام : الوصية تمام ما نقص من الزكاة (*١)

ومنها ما رواه محمد بن يحيى رفعه عنهم عليهم السلام قال : من أوصى بالثلث احتسب له من زكاته (* ٢) .

لكن هذا البيان انما يتم فيما يعلم بقيام الغير بمورد الوصية وأما مع الشك فلا مانعمن اجراء البراثة وقد ذكرنا في الاصول ان الحق جريان البرائة فيمورد الشك في الحكم من ناحية القدرة وعدمها فلاحظ .

٢) اذ مع علمه بقيام الوارث لاوجه للايصاء وبعبارة اخرى يعلم بحصول النتيجة .

٣) اذ لاوجه لوجوب المبادرة مع عدم الخوف .

---

١ و٢) الوسائل الباب ٢ من احكام الوصايا الحديث : ١ و٣

الوارث [١] ويجب الايصاء به والا شهاد عليه اذا كان يتوقف عليها الاداء والالم يجب[٢] ومثلها الديون التي عليه مع عدم مطالبة الدائن[٣] اما مع مطالبته فتجب المبادرة الى ادائها وان لم يخف الموت [٤].

(مسألة ٣) : يكفي في تحقق الوصية كل مادل عليها من لفظ صريح او غير صريح او فعل وان كان كتابة او اشارة [٥] بلا فرق بين صورتي الاختيار وعدمه [٦] بل يكفي وجود مكتوب بخطه او بامضائه[٧] بحيث يظهر منه ارادة العمل به بعد

---

١) لأنه يجب عليه الرد ومع الخوف لايطمأن بالرد فيجب .

٢) لأنه طريق الى ايصال الحق الى ذيه فيجب .

٣) كما هو ظاهر فان حكم الامثال واحد .

٤) لوجوب اداء مال الغير وحرمة المماطلة فيه بلا اشكال .

٥) وذلك لاطلاق الدليل فان الموضوع تحقق الوصية ومع فرضه يترتب عليه الحكم بلا فرق بين تحققه بحسب اختلاف الموارد فالحق ما أفاده في المتن

٦) اذ الميزان صدق عنوان الايصاء بلا دليل على التقييد .

٧) فان الخط كالقول والاشارة في كشفه عن المراد ويؤيد المدعى بل يدل عليه بعض النصوص ، منها قوله عليه السلام : ما ينبغي لامرء مسلم ان يبيت ليلة الا ووصيته تحت رأسه (*١) .

ومنها مارواه حنان بن سدير ، عن أبيه عن جعفر عليه السلام قال : دخلت على محمد بن علي بن الحنفية وقد اعتقل لسانه فامرته بالوصية فلم يجب، قال: فامرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع فقلت له : خط بيدك فخط وصيته بيده في الرمل

---

١) الوسائل الباب ١ من أحكام الوصايا الحديث : ٧

موته[١] واذا قيل له هل اوصيت؟ فقال: لا فقامت البينة على وقوع الوصية منه كان العمل على البينة ولم يعتد بخبره[٢]، نعم اذا كان قد قصد انشاء العدول عن الوصية صح العدول منه[٣] وكذا الحكم لو قال

ونسخت انا في صحيفة (* ١).

ومنها ما رواه ابراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته: هذا وصيتي ولم يقل: اني قد اوصيت الا انه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصى به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب عليه السلام: ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره (* ٢).

١) اذ لولاه لاتكون الحجة قائمة على الوصية وبعبارة اخرى الظواهر حجة فلابد أن تكون الكتابة في نظر العرف ظاهرة في انشاء الوصية.

٢) لحجيتها ولزوم العمل بها في الموضوعات.

٣) بلا خلاف كما في بعض الكلمات وتدل عليه جملة من النصوص منها: مارواه ابن مسكان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام ان المدبر من الثلث، وان للرجل ان ينقض وصيته فيزيد فيها وينقص منها مالم يمت (*٣).

ومنها: ما رواه عبيد بن زرارة قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: للموصي ان يرجع في وصيته ان كان في صحة او مرض (* ٤).

ومنها: ما رواه بريد العجلي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لصاحب الوصية أن يرجع فيها ويحدث في وصيته مادام حياً (* ٥).

---

١ و٢) الوسائل الباب ٤٨ من احكام الوصايا الحديث: ١ و٢

٣ و٤ و٥) الوسائل الباب ١٨ من احكام الوصايا الحديث: ١ و٣ و٤

نعم وقامت على عدم الوصية منه فانــه ان قصد الاخبار كان العمل على البينة [١] وان قصد انشاء الوصية صح الانشاء وتحققت الوصية [٢]

(مسألة ٤) : المشهور ان رد الموصي لــه الوصية في الوصية التمليكية مبطل لهـا اذا كان بعد الموت ولــم يسبق بقبوله ولكنه لايخلو عن اشكال [٣] أمــا اذا سبقه القبول بعد الموت أو في حــال الحياة فلا اثر له وكذا الرد حال الحياة [٤] .

(مسألة ٥) : لوأوصى له بشيئين فقبل احدهما ورد الاخر صحت فيما قبل [٥] وبطلت فيما رد على اشكال وكذا لــو اوصى له بشيىء واحد فقبل في بعضه ورد في الاخر [٦] .

---

١) وقد ظهر وجهه مما مر .

٢) لتمامية المقتضي وعدم المانع وبتعبير آخر لتحقق الموضوع واطلاق دليل الحكم .

٣) اذ مقتضى اطلاق دليل الوصية نفوذها وعدم قيام دليل على الخلاف وغاية ما في الباب قيام الشهرة ومــن الظاهر انـه لااعتبار بالشهرة الفتوائية بل الاجماع على فرض دعواه لااثر له فما افاده من الاشكال متين جداً .

٤) أما على القول بأنه عقد يحتاج الى القبول فلا وجه لتأثير الرد بعد القبول وأما على القول بأنه ايقاع فلا اثر للرد ولا دليل على تأثيره وقس عليه الرد حال الحياة .

٥) لتمامية المقتضي وعدم المانع فان الوصية بشيئين تنحل الى الوصية بالنسبة الى كل منهما والمفروض تحقق القبول بالنسبة الى احدهما .

٦) قد مر الكلام فيه آنفاً .

(مسألة ٦) : لايجوز للورثة التصرف في العين الموصي بها قبل ان يختار الموصي له احد الامرين من الرد والقبول [1] وليس

---

١) ان قلنا بأن الوصية لاتشترط بالقبول ولاتفسد بالرد ينتقل موردالوصيةالى الموصى له وبمقتضى جملة من النصوص: منها ما رواه السكونى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: اول شيء يبدأبه من المال الكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث (*١).

ومنهاما رواه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال امير المؤمنين عليه السلام : ان الدين قبل الوصية ثم الوصية على اثر الدين ، ثم الميراث بعد الوصية فان اول (اولى خ ل) القضاء كتاب الله (* ٢) .

ومنها ما رواه ابان بن عثمان عن رجل قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل اوصى الى رجل و« ان » عليه دين قال : يقضى الرجل ما عليه من دينه ، ويقسم ما بقى بين الورثة الحديث (*٣) ، تكون الوصية مقدمة على الارث .

بل يمكن الاستدلال على المدعى بالاية الشريفة اى قوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها او دين » (* ٤) ، وان قلنا باشتراط الوصية بالقبول فيمكن القول بجواز التصرف ظاهراً ببركة الاستصحاب الاستقبالي المقتضي لعدم القبول .

وبعبارة اخرى مقتضى الاستصحاب عدم تحقق القبول بل لنا أن نقول : بجواز التصرف واقعاً اذ مع اشتراط القبول ينتقل المال الى ملك الورثة لكن على القول بالنقل يمكن أن يقال : بأن العرف يفهم بمناسبة الحكم والموضوع ان الوصية تكون بالابقاء حتى ينكشف الامر من القبول وعدمه سيما مع قلة مقارنة القبول مع الموت نعم على القول بكفاية القبول حال الحياة يمكن تحقق القبول

---

١) الوسائل الباب ٢٨ من احكام الوصايا الحديث : ١

٢ و٣) نفس المصدر الحديث ٢ و٣

٤) النساء/١١

لهم اجباره على الاختيار معجلا [1] .

(مسألة ٧) : اذا مات الموصى لـه قبل قبوله ورده قام وارثه

حال الحياة وان قلنا بأن الرديبطل الوصية لايجوز التصرف لاستصحاب عدم الرد بل يمكن أن يقال : بعدم جواز التصرف حتى مـع العلم بالرد اذ المفروض ان الملكية تحققت بالوصية والرد يبطلها فلا وجه لجواز النصرف .

١) لعدم وجه لجواز الاجبار اذ المفروض ان هذا الحق راجع اليه فلا وجه لاجباره على احد الطرفين وأفاد سيد العروة : انه يجوز الاجبار في صورة توجه الضرر الى الوارث ويمكن أن يكون ناظراً الى حرمة الاضرار بالغير .

لكن يرد عليه اولا : ان هذا ليس اضراراً بل منع من عدم المنفعة مضافاً الى أن الامر راجع اليـه ومقتضى القاعدة كونه مختاراً فـي التعجيل والتأخير وبعبارة اخرى : يتصرف في سلطانه الا أن يقال : لايجوز الاضرار بالغير ولو بالتصرف في السلطان وسلمنا كونه حراماً لكن بأى دليل يثبت امكان اجباره أزيد من النهي عن المنكر .

ثم ان الماتن بنى على عدم اشتراط القبول واستشكل في كون الردمفسداًومع ذلك كيف طرح الفرع بهذه الصورة ؟ اذ مـع البناء على عدم اشتراط القبول وعدم كـون الرد مفسداً يكون المال ملكـاً للموصى له ولا مجال لاجباره وبعبارة اخرى : لاموضوع لهذا البحث الا أن يقال : ان عنوانه معلق على القول بأن لـه الرد أو القبول فلاحظ .

ثم ان هذا كله فيماتكون الوصية متعلقة بعين معينة وأما لوأوصى بمقدارمشاع ليس للموصى له التأخير اذ ينافي التأخير مـع حق الغير فلا بد من اختيار احـد الامرين .

مقامه في ذلك فله القبول أو الرد اذا لم يرجع الموصي من وصيته[١]

١) تارة يقع الكلام في هذه المسألة بالنظر الى القاعدة الاولية واخرى من حيث النصوص الخاصة فيقع الكلام فى موضعين :

أما الموضع الأول : فنقول ان مات الموصى له في زمان حياة الموصي فمقتضى القاعدة بطلان الوصية اذ الوصية تمليك مشروط بالفوت والمفروض ان الموصى له قبل تحقق شرط الملكية مات فلا مجال لأن ينتقل الى الوارث شيء وانتقال حق القبول اليه لادليل عليه بل الدليل على عدمه لأن هذا الحق غير قابل للاسقاط فلا يكون قابلا للانتقال وان مات بعد وفات الموصي فتارة نقول باشتراط صحة الوصية بالقبول ونفرض تحقق القبول فلا اشكال فـي انتقال المال اليه لأن المفروض ان العين انتقلت الى ملك المورث فيرثه الوارث وأما لو لم نقل باشتراط القبول فان قلنا بأن الرد لاأثر له فالكلام هو الكلام وان قلنا بأن الرد يبطل الوصية وللموصى له حق القبول والرد فربما يقال : بأن هذا الحق ينتقل الى الوارث فله الرد والقبول لكن للمناقشة فيه مجال واسع فانه لم يحرز كون مثله قابلا للانتقال بل يمكن الجزم بعدم انتقاله بالارث اذ ليس قابلا للاسقاط فلا يكون حقاً بل يكون حكماً .

لكن في هذه الصورة ينتقل المال الى الوارث اذ المفروض تحقق الملكية بالنسبة الى المورث فبمقتضى قانون الارث يرثه الوارث هذا تمام الكلام في الموضع الاول .

وأما الموضع الثاني : فنقول قد وردت عدة نصوص في المقام منها مارواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لاخر والموصى له غائب، فتوفى الموصى له الذي أوصى له قبل الموصي، قال: الوصية لوارث الذي أوصى له قال : ومن اوصى لأحد شاهداً كان

. . . .

أوغائباًأفتوفى الموصى لهقبل الموصي فالوصيةلوارث الذي أوصى له، الاأن يرجع في وصيته قبل موته (*١)ومقتضى هذه الرواية ان الموصى له اذامات يقوم وارثه مقامه.

ومنها : مارواه عباس ابن عامر قال : سألته عن رجل اوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ، ولم يترك عقباً ، قال : اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها اليه ، قلت فان لم اعلم له ولياً ، قال : اجهد على أن تقدر له على ولي فان لم تجدو علم الله منك الجد فتصدق بها (* ٢) والمستفاد من هذه الرواية ما يستفاد من تلك الرواية

ومنها : ما رواه محمد بن عمر الباهلي « الساباطي » قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل اوصى الي وامرني ان اعطى عمأله في كل سنة شيئاً ، فمات العم فكتب : اعط ورثته (*٣) وهذه الرواية ضعيفة بضعف محمد بن عمر ، مضافاً الى أن مدلول الروايه لايرتبط بالمقام بل ترتبط بالايصاء .

ومنها : مارواه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل اوصى لرجل بوصية ان حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصي قال: ليس بشيء (* ٤) وهذه الرواية ساقطة عن الاعتبار بضعف اسناد الشيخ (قده) الى ابن فضال .

ومنها : ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سئل عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي قال : ليس بشيء (* ٥) .

وربما يقال : بأن المستفاد من قوله عليه السلام ليس بشيء ان المفروض ان الموصى له مات قبل الموصي فليس مانع للموصي أن يعين شخصاً آخر وبعبارة اخرى : تنقض الوصية ولكن الظاهر ان هذه الوصية كالعدم الا أن يقال : لافرق

---

١ و٢) الوسائل الباب ٣٠ من احكام الوصايا الحديث : ١ و٢

٣ و٤) نفس المصدر الحديث : ٣ و٥

٥) نفس المصدر الحديث : ٤

ولافرق بين أن يموت في حياة الموصي أو بعد وفاته [١]

(مسألة ٨) : الظاهر ان الوارث يتلقى المال الموصى به من مورثه الموصى له اذا مات بعد موت الموصي فتخرج منه ديونه ووصاياه ولا ترث منه الزوجة اذا كان ارضا وترث قيمته ان كان نخلا أو بناء [٢] واما اذا مات الموصى له قبل الموصي فالظاهر ان

بين التقريبين في النتيجة وكيف كان فتقع المعارضة بين الجانبين وحيث ان المنقول عن العامة بطلان الوصية فالترجيح مع الطائفة الاولى لكونها مخالفة لهم والرشد في خلافهم .

ولنا في اثبات المدعى طريق آخر وهو ان التعارض الواقع بين حديثي محمد بن قيس ومحمد بن مسلم يوجب تساقطهما والمرجع بعد التساقط حديث ابن عامر لأن الحديثين المذكورين وارد ان في بيان حكم موت الموصى له قبل موت الموصي وأما حديث عباس بن عامر فهو مطلق ومن الظاهر ان المطلق لايكون طرفاً للمعارضة مع المقيد فيكون مرجعاً بعد التعارض والتساقط لاطرفاً للتعارض فافهم واغتنم .

وفي المراجعة الأخيرة بنينا ان المرجح منحصر في الاحدثية والترجيح بها مع ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام فاللازم الأخذ بمفاده فلاحظ .

١) فان المصرح به في حديث محمد بن قيس الموت قبل فوت الموصي ومقتضى حديث عباس بن عامر هو الاطلاق فالنتيجة ان ما أفاده في المتن تام لكن قد رجحنا ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام على ما عن أبي جعفر عليه السلام فاللازم تخصيص حديث ابن عامر بما عن أبي عبدالله عليه السلام فالنتيجة التفصيل في المسألة هذا ما يخطر ببالي القاصر في هذه العجالة والله العالم .

٢) ما أفاده في هذا الفرض تام وعلى طبق القاعدة الأولية اذ بموت الموصي ينتقل المال الى ملك الموصى له ووارثه يرث المال منه ويترتب عليه احكام الارث بالنحو المذكور في المتن .

ورثة الموصى له يتلقون الموصى به من الموصى نفسه فلا يجري عليه حكم تركة الميت الموصى له [1] وفي كلتا الصورتين المدار على الوارث للموصى له عند موته لاالوارث عند موت الموصى [2] واذا مات الوارث في حياة الموصى ايضاً ففي انتقال الموصى به الى ورثته ايضاً اشكال والانتقال اظهر [3].

(مسألة ٩) : اذا اوصى الى احد أن يعطى بعض تركته لشخص مثلا فهل يجري الحكم المذكور من الانتقال الى الوارث لو مات في حياة الموصى بتمليكه اشكال والجريان اظهر [4].

(مسألة ١٠) : «يشترط في الموصي امور» (الاول البلوغ

---

١) فان المستفاد من حديث محمد بن قيس ان الوارث يرث الوصية فلاوجه لرعاية احكام الارث من كون سهم الذكر ازيد وعدم ارث الزوجة من العقار وغيرهما من الاحكام بل مقتضى الرواية التقسيم بين الورثة بالسوية لكن مقتضى ما تقدم بطلان الوصية.

٢) فانه الظاهر من النصوص لو لم يكن منصوصاً به فلاحظ.

٣) اذ المفروض ان العنوان المأخوذ في الموضوع من يكون وارثاً عند موت الموصى له فموته الميزان في ترتب الحكم لكن قد مر ان موت الموصى له قبل موت الموصي يبطل الوصية.

٤) لاطلاق النص وأما حديث محمد بن عمر الباهلي (* ١) فضعيف كما مر قريباً وقد مر ان موته قبل وفاة الموصي يبطل الوصية.

---

١) لاحظ ص : ٣٣٦

فلا تصح وصية الصبي(١) الا اذا بلغ عشراً(٢)

١) كما هو المقرر عند القوم من عدم اعتبار تصرفاته بمقتضى الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى « فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم » (* ١) بتقريب انه لو كان الرشد كافياً في جواز التصرف لم يكن وجه لاختباره كي يعلم انه بلغ أم لا وأما السنة فتدل على المدعى جملة من النصوص :

منها : ماروواه عمار الساباطي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال : اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة ، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم ، والجارية مثل ذلك ان اتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم (* ٢)

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال عمد الصبي وخطاه واحد (* ٣) .

ومنها : ماروواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام : قال اذا بلغ اشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الاربع عشرة وجب عليه ماوجب على المحتلمين احتلم أو لم يحتلم وكتب عليه السيئات وكتب له الحسنات وجاز له كل شيء الا أن يكون ضعيفاً أو سفيهاً (* ٤) .

٢) هذا هو المشهور بين القوم على ما في كلام سيد العروة (قدس سره) وتدل على المدعى جملة من النصوص : منها : ماروواه أبو بصير يعنى المرادي عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال : اذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق

---

١) النساء/٦

٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات الحديث : ١٢

٣) الوسائل الباب ١١ من ابواب العاقلة الحديث : ٢

٤) الوسائل الباب ٤٤ من احكام الوصايا الحديث : ١١

. . . .

جازت وصيته واذا كان ابـن سبع سنين فأوصى مـن ماله باليسير في حق جازت وصيته (* ١) .

ومنها : ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلا قال : اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف وحق فهو جايز (* ٢) .

ومنها : ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن وصية الغلام هل تجوز ؟ قال : اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته (* ٣) ومنها غيرها المذكور في الباب المشار اليه .

وهذه الروايات مختلفة فلابد من ملاحظتها والتوفيق بينها ان أمكن والافلابد من اعمال قانون التعارض ، فنقول اما الرواية الأولى من الباب فمطلقه ومقتضاها جـواز تصرفات الصبي واما الرواية الثانية فقـد جعلت الحد عشر سنين ومقدار التصرف الثلث واذا كان التصرف يسيراً يكفي سبع سنين ، وأما الثالثة فقد اطلقت في مقدار التصرف ، وأمـا الرابعة فضعيفة بموسى بن بكر ، وأمـا الخامسة فقد اطلقت من حيث المقدار ، وأما السادسة فكالخامسة ، وأما السابعة فكذلك ، وأما الثامنة فلا ترتبط بالمقام وأما التاسعة فكذلك ، وأما العاشرة فكذلك ، وأما الحديث الحادي عشر فكذلك وقس عليه الثاني عشر .

ومقتضى الجمع بين نصوص البـاب ان البالـغ عشراً اذا أوصى بثلث ماله لارحامه تجـوز وصيته وفي قبال قـول المشهور قول بعدم نفوذ وصيته ذهب اليه جماعة منهم ابن ادريس وما قيل فى وجهه امور :

الاول: انه خلاف الاحتياط وفيه انه مع وجود الدليل خلافه مخالف للاحتياط

---

١ و٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و٤ و٧

وكان قد عقل[١]

بل مخالف للشرع .

الثاني : الأصل ، وفيه انه مع وجود الدليل لاتصل النوبة الى الأصل .

الثالث: اختلاف النصوص ، وفيه مع امكان الجمع بينهما يجمع ومع عدم امكانه يعمل بقانون التعارض .

اذا عرفت ماتقدم فاعلم انه بمقتضى قانون تقييد المطلق بالمقيد لابد من تقييد مادل من النصوص على جواز الوصية على الاطلاق بمارواه محمد بن مسلم حيث انه قيد في هذه الرواية جوازها بصورة كون الوصية لذوي الارحام ، فالنتيجة ان وصية الصبي غير البالغ نافذة اذا كانت في أمرمشروع لرحمه لكن يرد على هذا التقريب ان حديث محمد بن مسلم (* ١) يعارضه ما يدل على نفوذ وصية ابن عشر سنين بالعموم من وجه لاحظ ما رواه أبو بصير (* ٢) وحيث ان ترجيح احدى الروايتين على الاخرى بالاحدثية ولا نميز الأحدث يكون المقام داخلافي كبرى اشتباه الحجة بلاحجة فلابد من اعمال حيلة والذي يختلج بالبال أن يقال : لامانع من التمسك بالأصل بأن يقال مقتضاه عدم نفوذ الوصية أو يقال : مقتضى الأصل عدم انتقال المال الى ملك الموصى له ويمكن اثبات المدعى بتقريب آخر وهو ان مقتضى دليل الارث انتقال جميع ما تركه الميت الى وارثه اذالمفروض الشك في التخصيص في مورد التعارض فلابد من الأخذ بدليل الارث فالنتيجة ان الصبي اذا بلغ عشرسنين وأوصى لرحمه تكون نافذة وأيضاً اذا كان ابن سبع سنين تجوز وصيته لرحمه اذا كان موردها شيئاً يسيراً الا أن يقال : ان الاجماع والتسالم قائمان على ما هوالمشهور فيما بين القوم فلاحظ .

١)كما صرح في حديث جميل بن دراج عن احدهما عليهما السلام قال :

---

١) نفس المصدر الحديث : ١

٢) لاحظ ص : ٣٣٩

وكانت وصيته في وجـوه الخير والمعروف لارحامه[١] وفي نفوذ وصيته لغير ارحامه[٢] اشكال[٣] (الثاني) : العقل ، فلا تصح وصية

يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتلم (* ١) .

ولقائل أن يقول : ان هذه الرواية معارضة للنصوص الدالة على أن الميزان في صحة وصية الصبي بلوغه عشر سنين ومقتضى القاعدة تخصيص كل من الطرفين بالاخر فيكون المقام داخلا في كبرى تعدد الجزاء واتحاد الشرط كقوله : « اذا خفي الاذان فقصر واذا خفي الجداران فقصر » فانه ثبت في بحث المفاهيم ان مفهوم كل من الشرطيتين يخصص بمنطوق الاخر والنتيجة كفاية احد الامرين في ترتب الجزاء وهذا التقريب ان تم يجري بالنسبة الى الحديثين المتقدمين اعني البلوغ عشراً والوصية للرحم بأن يقال ان حديث ابن مسلم بمنطوقه يقيد ويخصص مفهوم حديث أبي بصير وأيضاً حديث أبي بصير يخصص بمنطوقه مفهوم حديث ابن مسلم فالنتيجة نفوذ وصيـة الصبي اذا عقل أو اذا بلغ عشراً أو اذا بلغ سبع سنين أو اذا كان موردها شيئاً يصيراً أو اذا أوصى لرحمه الا أن يقال : انه مع عدم العقل لاتجوز وصيته بالضرورة اذ لولم يكن عاقلا لايكون مميزاً وكيف يمكن الالتزام بجواز وصية الصبي غير المميز فاشتراط العقل مما لااشكال فيه فلاحظ .

١) كما صرح في حديث زرارة (*٢) والرواية ضعيفة بموسى بن بكر ولكن اشتراط كون مورد الوصية بالخير وكونه معروفاً امر علي القاعدة ولا يحتاج الى دليل خاص .

٢) كما هو مقتضى الجمع بين نصوص الباب فـان مقتضى مفهوم الشرطية الواقعة في حديث محمد بن مسلم عدم صحة وصيته اذا كان لغير الرحم .

٣) بل ظهر انه لامجال له والدليل على الاشتراط تام وعدم ذهاب المشهور الى

---

١) الوسائل الباب ١٥ من احكام الوقوف والصدقات الحديث : ٢

٢) لاحظ ص : ٣٤٠

المجنون(١)

اعتباره لايهمنا فانه قد تكرر منا ان ترك العمل بحديث من ناحية الأصحاب لايسقط الرواية عن الاعتبار لكن قد مر قريباً ان مقتضى الجمع بين النصوص تخصيص كل واحد منهما بغيره .

١) ما يمكن أن يقال في وجهه امـور : الاول : الاجماع المدعى في المقام واشكال الاجماع واضح .

الثاني : حديث رفع القلم عن المجنون كما روى ابن ظبيان قال : اتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت ، فأمر برجمها ، فقال علي عليه السلام أما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ ؟ (* ١) بتقريب ان مقتضى رفع القلم عنه انه لايكتب عليه شيء ولازمه انه لو عامل لايترتب على معاملته اثر ولا يؤخذ بشيء فتكون معاملته فاسدة .

ويمكن أن يقال : ان المستفاد من الرواية بحسب الفهم العرفي ان الشخص اذا كان غير بالغ أو كان مجنوناً أو نائماً لايتعلق به التكليف فلا ترتبط الرواية بالمقام فتأمل .

اضف الى ذلك ان رفع القلم لاينافي صحة وصيته وان شئت قلت: ان العرف بمناسبة الحكم والموضوع يفهم من حديث رفع القلم انه لايكتب على المجنون شيء ووصيته لاتكون عليه بل له ان قلت : المجنون لايكون رشيداً ويشترط في صحة المعاملات والعقود كون الشخص رشيداً .

قلت : الجنون لايستلزم السفاهة ولذا نرى ان الماتن وغيره جعل العقل شرطاً تارة والرشد اخرى ، اللهم الا أن يقال انه لاريب في عدم صحة تصرفات المجنون ويضاف الى ذلك ان الرواية ضعيفة سنداً .

---

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات الحديث : ١١

والمغمى عليه(١) والسكران حال جنونه واغمائه وسكره(٢) واذا اوصى حال عقله ثم جن أوسكر أواغمي عليه لم تبطل وصيته(٣) وفي اعتبار الرشد فيه اشكال فلايترك الاحتياط(٤) (الثالث) : الاختيار فلا تصح وصية المكره(٥)

الثالث : انه غير قاصد والانشائيات متقومة بالقصد وهذا الوجه غير تام اذ يمكن فرض تحقق الانشاء من المجنون فالدليل على المنع منحصر في التسالم وكونه أمراً واضحاً .

١) لعدم كونه شاعراً وقاصداً فأمره غير نافذ .

٢) بشرط أن يكون مسلوب القصد والارادة والا فيشكل ما أفاده اذ أي دليل دل على بطلان انشاء السكران .

٣) لتمامية اركانها .

٤) بل لاوجه للصحة بدون الرشد لأن الشارع الأقدس اشترط في صحة التصرف كون المتصرف رشيداً فلا اثر لمعاملاته .

ان قلت: عدم ترتيب الأثر من قبل الشارع على انشائه خلاف الامتنان والحال ان منعه عن التصرف حكم امتناني ، وبعبارة اخرى منعه عن الانتفاع بماله على خلاف الامتنان .

قلت : هذا التقريب غير صحيح اذ المفروض ان السفيه لايدرك مصالحه فمقتضى الامتنان منعه وحجره عن التصرف وهذا حكم امتناني بلا اشكال ولا كلام فلاحظ .

٥) فان حديث رفع الاكراه يقتضي عدم تأثير الانشاء الاكراهي لاحظ ماروي عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك ؟ فقال : لا قال رسول الله صلى الله عليه وآله : وضع

(الرابع) : الحرية فلا تصح وصية المملوك[1] الا أن يجيز مولاه[2] ولافرق بين أن تكون في ماله وأن

عن امتي ما اكرهوا عليه ومالم يطيقوا وما اخطأوا (* ١) فان المستفاد من الخبر المذكور ولو باعانة تطبيقه عليه السلام ان الأمر الاكراهي لايترتب عليه اثر .

١) لأنه ممنوع عن التصرف بالكتاب والسنة وأما الكتاب فقوله تعالى «ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لايقدر على شيء» (* ٢) وأما السنة :

فمنها : ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج ، عن احدهما عليهما السلام انه قال لاوصية لمملوك (*٣) .

وهذه الرواية ضعيفة بعلي بن حديد لكن يكفي لاثبات المدعى ما رواه محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام انه قال في المملوك مادام عبداً فانه وماله لأهله لايجوز له تحرير ولاكثير عطاء ولا وصية الا أن يشاء سيده (* ٤) .

ويمكن الاستدلال على المدعى : بما رواه زرارة عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قالا: المملوك لايجوز طلاقه ولا نكاحه الا باذن سيده قلت : فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق ؟ قال: بيد السيد ضرب الله مثلاعبداً مملوكاً لايقدر على شيء الحديث (* ٥) .

٢) على ما ثبت عندهم من صحة عقد الفضولي بالاجازة المتأخرة وقدتعرضنا في بحث المعاملات لبحث عقد الفضولي، وقلنا ان الحق ان عقد الفضولي لايصح الا فيما يثبت في مورد خاص .

---

١) الوسائل الباب ١٢ من أبواب كتاب الايمان الحديث : ١٢
٢) النحل/٧٥
٣) الوسائل الباب ٧٨ من أحكام الوصايا الحديث : ٢
٤) نفس المصدر الحديث : ١
٥) الوسائل الباب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق

. . . .

وصفوة القول : ان العقد اذا لم يكن واجداً للشرائط يكون باطلا وحيث ان الشيء لاينقلب عما هوعليه فلا يمكن الحكم بصحته والاجازة المتأخرة لاتغير الواقع كما هو ظاهر .

ان قلت: ان الاجازة المتأخرة توجب انتساب العقدالواقع سابقاً الىالمجيز فيصح العقد من حين الانتساب قلت : يرد عليه اولا : النقض ببقية الشرائط مثلالو باع زيد ملك عمرو بالبيع الغرري هل يمكن أن يصير صحيحاً بالاجازة حالكون ارتفاع الغرر وحكم الأمثال واحد .

وثانياً : ان الامور التكوينية الخارجية الصادرة من شخص لاتستند الىغيره والبيع عبارة عن الاعتبارالنفساني وانشاء ذلك الاعتبار بمنشأخارجي وكلاالامرين من الموجودات الواقعية اذ نفس الاعتبار أمر واقعي كالفرض والتصور نعم متعلقه اعتباري كما ان الانشاء الفعلي أو القولي أمر واقعي والأمر الواقعي غير قابل للنيابة وغير قابل للاستناد بالاجازة فلا يكون عقد الفضولي صحيحاً .

ان قلت : هب ان الأمر كذلك لكن صريح حديث محمدبن قيس جوازوصية العبد اذا شاء سيده قلت : ان المستفاد من هذه الرواية ان وصية العبد مع موافقة سيده تصح ولا يستفاد منها صحة الفضولي .

وملخص الكلام : ان الصادر عن العبد بلا اذن سيده باطل ولا دليل على أن ماوقع باطلا حدوثاً يكون صحيحاً بقاء ، ولكن مع ذلك كله الحق صحة الفضولي بالاجازة بواسطة حديث زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذاك الى سيده انشاء اجازه وان شاء فرق بينهما ، قلت : اصلحك الله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : ان اصل النكاح فاسد ، ولا تحل اجازة السيد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام :

تكون في مال غيره كما اذا أوصى ان يدفن في مكان معين [1] ، واذا أوصى ثم انعتق وأجازها صحت وان لم يجز المولى [2] (الخامس) أن لا يكون قاتل نفسه فاذا اوصى بعد ما أحدث في نفسه مـا يوجب هلاكه من جرح أو شرب سم أو نحو ذلك لم تصح وصيته اذا كانت في ماله [3]

انه لم يعص الله ، وانما عصى سيده ، فاذا اجازه فهو له جايز (* ١) وقد تعرضنا لما يستفاد من الرواية في بحث الفضولي فراجع .

١) خلافاً لسيد العروة (قدس سره) حيث افتى بجواز وصيته فيما اذا أوصى بدفنه في مكان خاص لايحتاج الى صرف مـال ، لكن الانصاف ان مقتضى دليل الحجر كتاباً وسنة عدم نفوذ وصيته فانه عبد كل على مولاه لايقدر على شيء .

٢) قد ظهر مما تقدم ان هذا أيضاً مشكل لوحدة الملاك ولو قلنا بالصحة في المقام يلزم أن نقول بها فيما لو باع مع فقد بعض الشرائط وبعد اجتماعه وتمامية الشرائط يصح العقد بالاجازة وهل يمكن الالتزام بالصحة ؟ كلا ولكن قد تقدم ان الفضولي يصح مع الاجازة .

٣) على ما هو المشهور عند القوم بل على ما يظهر من كلام سيد العروة قدس سره انه ادعي عليه الاجماع وفي قباله قول ابن ادريس ومن تبعه والاصل في هذا الحكم ما رواه أبو ولاد قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها ، قلت « قيل له . يه » ارأيت ان كان أوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته ؟ قال: فقال ان كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو قتل اجيزت وصيته في ثلثه ، وان كان أوصى بوصية

---

١) الوسائل الباب ٢٤ من نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

وأما اذا كانت في غيره من تجهيز ونحوه صحت [١] ، وكذا اذا فعل ذلك لاعن عمد بل كان خطأ أوسهواً [٢] أوكان لابقصد الموت بل لغرض آخر [٣] أو على غير وجه العصيان مثل الجهاد في سبيل الله [٤] وكذا اذا عوفي ثم أوصى [٥] بل الظاهر الصحة ايضاً اذا أوصى بعد ما فعل السبب ثم عوفي ثم مات [٦] .

(مسألة ١١) : اذا أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث فيها صحت وصيته وان كان حين الوصية بانياً على أن يحدث

بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته (*١) .

١) للمناقشة فيما أفاد مجال اذ قد حكم بالصحة بثلث المال اذا لم يكن قاتلا لنفسه وأما من قتل نفسه فلا وصية له على الاطلاق .

وبعبارة اخرى: السؤال عن مطلق وصيته وفي مقام الجواب فصل بين الصورتين ففي الصورة الأولى تنفذ في الثلث وفي الصورة الثانية لاتنفذ على الاطلاق .

٢) فان التعمد صرح به في الحديث .

٣) فان المستفاد من الحديث ان الموضوع تعمد القتل وارادته .

٤) اذ المفروض في الخبر ان المتصدي من اهل جهنم ولا يمكن تصوره في صورة الاتيان به من باب الوظيفة ، فلاحظ .

٥) لخروج المورد عن تحت النص بل لو أوصى قبل العافية ثم عوفي لعين الملاك .

٦) قد ظهر وجهه مما تقدم فان الموضوع غير متحقق فلا وجه لعدم النفوذ .

---

١) الوسائل الباب ٥٢ من أحكام الوصايا الحديث : ١

ذلك بعدها[١] .

(مسألة ١٢) : تصح الوصية من كل من الاب والجد بالولاية على الطفل مع فقد الاخر[٢]

---

١) لخروج هذه الصورة عن تلك الكبرى المستفادة من الرواية ، فلاحظ .

٢) نصاً وفتوى بل اجماعاً بقسميه ـ كما في الجواهر ـ ويمكن الاستدلال على المدعى بجملة من النصوص : منها : ما رواه محمد بن مسلم عن أبيعبدالله عليه السلام انه سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن لـه عند الوصية أن يعمل بالمال ، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال : لابأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بحسن بن علي .

ومنها : مارواه خالد « ابن بكير خ » الطويل قال : دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال : يا بني اقبض مـال اخوتك الصغار واعمل به ، وخذ نصف الربح واعطهم النصف ، وليس عليـك ضمان ، فقد متني ام ولد ابـي بعد وفاة ابي الى ابن ابي ليلي ، فقالت : ان هذا يأكل اموال ولدي قال : فاقتصصت عليه ماامرني به ابي، فقال لي ابن ابي ليلي ان كان ابوك امرك بالباطل لم اجزه، ثم اشهد علي ابن ابي ليلي ان انا حركته فانا له ضامن، فدخلت علي أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصتي ثم قلت لـه : ما ترى ؟ فقال : أمـا قول ابن ابي ليلي فلا استطيع رده وأما فيما بينك وبين الله عزوجل فليس عليك ضمان (* ٢) .

وهذه الرواية ضعيفة بخالد واصلاح السند بكون ابـن ابي عمير في السند كما في كلام السيد الخوانساري قدس سره في جامع مداركه لايترتب عليه اثر كما حققناه في محله .

---

١) الوسائل الباب ٩٢ من أحكام الوصايا الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

ولا تصح مع وجوده[١] .

(مسألة ١٣) : لايجوز للحاكم الوصية بالولاية على الطفل

ومنها : مارواه سعد بن اسماعيل عن ابيه ، قال : سألت الرضا عليه السلام عن وصي ايتام يدرك ايتامه فيعرض عليهم أن يأخذوا الذي لهم فيأبون عليه كيف يصنع ؟ قال : يرد عليهم ويكرههم عليه «على ذلك . يب» (* ١) ولم يثبت كون اسماعيل الواقع في السند ثقة .

ومنها : ما ارسله محمد بن عيسى ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال في رجل مات وأوصى الى رجل وله ابن صغير فادرك الغلام وذهب الى الوصي وقال له : رد علي مالي لاتزوج فأبي عليه ، فذهب حتى زنى ، فقال ، يلزم ثلثي اثم زنا هذا الرجل ذلك الوصي الذي « لأنه . خ » منعه المال ولم يعطه فكان يتزوج (* ٢) والمرسلات لااعتبار بها كما هو ظاهر .

ومنها: مارواه العيص بن القاسم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن اليتيمة متى يدفع اليها مالها ؟ قال : اذا علمت انها لاتفسد ولاتضيع فسألته ان كانت قد تزوجت ؟ فقال : اذا تزوجت فقد انقطع ملك الوصي عنها (* ٣) .

والظاهر ان هذه الرواية لابأس بها سنداً مضافاً الى أن السيرة جارية على الوصية على اليتيم وجعل القيم له بلا انكار من المتشرعة وهذا آية الجواز .

١) ادعي عليه عدم الخلاف بل ادعي عليه الاجماع و القاعدة الأولية تقتضي عدم الجواز فان الولاية على خلاف الاصل فلابد من الاقتصار على المقدار المعلوم ولا اطلاق في النصوص من هذه الجهة ، فلاحظ .

---

١) الوسائل الباب ٤٧ من احكام الوصايا الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٤٦ من احكام الوصايا الحديث : ١

٣) الوسائل الباب ٤٥ من احكام الوصايا الحديث : ١

بعد موته بل بعد موته يرجع الى حاكم غيره[1].

(مسألة ١٤) : لو أوصى للاطفال واحدمن أرحامهم أو غيرهم بمال وجعل أمره الى غير الاب والجد وغير الحاكم لم يصح بل يكون للاب والجد مع وجود احدهما وللحاكم مع فقدهما[2]، نعم لو أوصى أن يبقى ماله بيد الوصى حتى يبلغوا فيملكهم اياه صح[3] وكذا اذا اوصى أن يصرف ماله عليهم من دون أن يملكهم اياه[4]

(مسألة ١٥) : يجوز أن يجعل الاب والجد الولاية والقيمومة على الاطفال لاثنين أو اكثر كما يجوز جعل الناظر على القيم المذكور[5] ويجوز جعل الناظر له ايضاً كما يأتى فى الناظر على

---

١) لعدم الدليل وبعبارة اخرى لادليل على ولاية الحاكم بعد موته فلا يجوز جعلها لغيره .

٢) لأن ولاية مال الطفل للاب والجد ومع فقدهما للحاكم فلا يمكن جعلها لغيرهم .

٣) لمشروعية الوصية فتصح لصحتها .

٤) لوحدة الملاك .

٥) الذي يظهر من كلمات الأصحاب ان الأمر مورد التسالم عندهم وانه يجوز جعل الولاية من الأب أو الجد للموصى اليه وبعد فرض الجواز لافرق بين جعل الولاية لواحد وجعلها للأكثر ، وأما جواز جعل الناظر فيتم بعموم جواز الوصية ويمكن الاستدلال على جواز جعل القيمومة للمتعدد، بالسيرة الخارجية غير المردوعة مضافة الى التسالم بين الاصحاب بالاضافة الى عدم الفرق بين الوصاية على المال

الوصي[١] .

(مسألة ١٦): اذا قال الموصي لشخص انت ولي وقيم على اولادي القاصرين وأولاد ولدي ولم يقيد الولاية بجهة بعينها جاز له التصرف في جميع الشئون المتعلقة بهم من حفظ نفوسهم وتربيتهم وحفظ

والنفس في نظر العرف ، فان ثبت الجواز بالنسبة الى احد الامرين يثبت الاخر فتأمل .

اضف الى ذلك كله انه يستفاد الجواز من النصوص الدالة على جواز اكل القيم من مال اليتيم لاحظ النصوص الواردة في هذا الباب :

منها : ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل « فليأكل بالمعروف » قال : المعروف هو القوت ، وانما عني الوصي أو القيم في أموالهم وما يصلحهم (* ١) .

ومنها : ما رواه حنان بن سدير قال : قال أبو عبدالله عليه السلام سألني عيسى بن موسى عن القيم للايتام في الأكل وما يحل له منها ، فقلت له : اذا لاط حوضها وطلب ضالتها ، وهنأجر باهافله أن يصيب من لبنها في غير نهك لضرع ولافساد لنسل (* ٢) .

ومنها : ما رواه هشام بن الحكم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عمن تولى مال اليتيم ماله ان يأكل منه ؟ فقال: ينظر الى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك (*٣) بتقريب ان المستفاد من هذه النصوص جوازها للمتعدد بمقتضى اطلاقها .

١) لعموم دليل الوصية فلاحظ .

---

١) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ١

٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و ٥

اموالهم والانفاق عليهم راستيفاء ديونهم ووفاء ما عليهم من نفقات أو ضمانات او غير ذلك من الجهات [١] واذا قيد الولاية بجهة دون جهة وجب على الولي الاقتصار على محل الاذن دون غيره من الجهات وكان المرجع في الجهات الاخرى الحاكم الشرعي [٢] .

(مسألة ١٧) : يجوز للقيم على اليتيم أن يأخذ اجرة مثل عمله اذا كانت له اجرة وكان فقيراً أما اذا كان غنياً ففيه اشكال والاحوط الترك [٣].

---

١) كما هو ظاهر فان مقتضى اطلاق الجعل الجواز على الاطلاق .

٢) الوجه فيما أفاده ظاهر فان المفروض ان هذه الولاية مجعولة من قبل الأب والجد فلابد من الاقتصار على مقدار الجعل وفي بقية الجهات المرجع هو الحاكم الذي له الولاية العامة .

٣) يظهر من بعض الكلمات ان الاصحاب متفقون على جواز الأخذ لكن اختلفوا فيما يؤخذ على اقوال : احدها جواز أخذ اجرة المثل ، ثانيها : جواز اخذ مقدار حاجته ثالثها: جواز اخذ اقل الامرين رابعها: جواز الاخذ بشرط كونه فقيراً كما في المتن .

ويمكن أن يقال : ان المستفاد من الكتاب والسنة جواز اخذ اجرة المثل بشرط كونه فقيراً لاحظ قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشد افادفعوا اليهم اموالهم ولاتأكلوها اسرافاً وبداراً أن يكبروا ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف (*١) فان الأكل في مثل هذه الاستعمالات يستفاد منه التملك كما ان المعروف ما عرف عند الناس وبعبارة اخرى

---

١) النساء/٦

. . . .

يكون عند العقلاء متعارفاً ولا يكون منكراً وأخذ اجرة المثل امـر غيـر منكر عندهم .

ويمكن الاستدلال على المدعى بجملة من النصوص منها : مارواه عبدالله بن سنان قال : سئل أبو عبدالله عليه السلام وانا حاضر عن القيم لليتامى في الشراء لهم والبيع فيما يصلحهم أله أن يأكل من أموالهم ؟ فقال : لابأس أن يأكل من اموالهم بالمعروف كما قال الله تعالى في كتابه « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم ولا تأكلوها اسرافاً وبداراً ان يكبروا ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » هو القوت وانما عنى فليأكل بالمعروف الوصي لهم والقيم في أموالهم ما يصلحهم (*١) .

ومنها : مارواه سماعة ، عـن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل : « ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » قال : مـن كان يلي شيئاً لليتامى وهو محتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى اموالهم ويقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر ولا يسرف وان كان ضيعتهم لاتشغله عما يعالج بنفسه فلا يرزان من اموالهم شيئاً (* ٢) .

ومنها: مارواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال : سألته عن رجل بيده ماشية لابن اخ له يتيم في حجره ، أيخلط أمرها بأمر ماشيته ؟ قال : ان كان يليط حوضها ويقوم على مهنتها ويرد نادتها فيشرب من ألبانها غير منهلك للحلاب ولا مضر بالولد (* ٣) .

ومنها : مارواه عبدالله بن سنان وحنان وهشام (* ٤) ثم انه يظهر من بعض

---

١) تهذيب الاحكام ج ٩ ص ٢٤٤ الحديث ٤٢

٢ و٣) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ٤ و٦

٤) لاحظ ص : ٣٥٢

. . . .

النصوص خلاف المدعى ، لاحظ حديث أبي الصباح فان المستفاد منه ان المال لو كان قليلا لايأخذ (* ١) .

ولقائل أن يقول ان النسبة بين هذه الرواية وبقية الأدلة من الكتاب والسنة عموم وخصوص بنحو الاطلاق، وعليه يكون مقتضى القاعدة تخصيص تلك الأدلة بهذه الرواية فالنتيجة ان مال اليتيم اذا كان قليلا لايجوز الاخذ منه للقيم ويمكن أن يكون المراد انه لو كان عمل القيم بمقدار لاتكون له اجرة في نظر العرف لايأخذ .

وأما حديث رفاعة (عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله : «فليأكل بالمعروف» قال: كان أبي يقول: انها منسوخة) (*٢) الدال على نسخ الحكم فلارساله لايترتب عليه اثر ، فلا تغفل .

والانصاف : ان نصوص الباب متعارضة فان المستفاد من حديثي عبدالله بن سنان (* ٣) انه لايجوز للقيم الا بمقدار القوت والقوت على ما يستفاد من اللغة ما يسد به الرمق والمستفاد من حديث سماعة (* ٤) انه اذا كان فقيراً وليس له ما يقيمه يجوز له الأخذ بالمقدار الذي يقيمه، ومقتضى اطلاقه الجواز حتى في صورة كون المقدار المذكور اكثر من اجرة المثل فيقع التعارض بين الحديثين .

فيمكن أن يقال : بأن الترجيح مع حديث سماعة لكونها موافقة للكتاب فيؤخذ بها وان أبيت عن هذا الجمع نقول يقع التعارض وبعد التساقط يرجع الى اطلاق

---

١) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ٣

٢) نفس المصدر الحديث : ١١

٣) لاحظ ص : ٣٥٢ و٣٥٤

٤) لاحظ ص : ٣٥٤

. . . .

الكتاب وفي المراجعة الأخيرة بنينا على حصر المرجح في الأحدثية وبينا المراد في خاتمة الجزء الثامن من هـذا الشرح وحيث ان الأحدث غير محرز فلابد من العمل على طبق الاحتياط وبعبارة اخرى : حيث لاتميز الحجة عن لاحجة فلابدمن العمل على نحو يوافق الاحتياط .

اذا عرفت : مـا تقدم فلنا أن نقول بأن المستفاد من مجموع الأدلة انه يجوز له أن يأخذ من مال اليتيم بالنحو المعروف والمقدار المعروف ـ على ما في كلام صاحب الحدائق ـ مالا اسراف فيه ولاتقتير وهو الحد الوسط بل يستفاد المدعى من حديث سماعة حيث قيد الجواز بعدم السرف .

بل يمكن أن يقال : ان هـذا هو المتفاهم العرفي عند اطلاق هذا اللفظ ، ولا يخفى انه لايختص جواز الاخذ بنفسه بل يجوز له ما يقيمه على نحو الاطلاق ومن الظاهر ان عـدم لحاظ عياله الواجب نفقته عليه تضييع اياه وان شئت قلـت : المستفاد من حديث سماعة ان المحتاج يجوز له أن يأخـذ بمقدار لايكون اسرافاً فبمقتضى الاية والرواية يجوز أن يأخذ بمقدار لايكون مسرفاً لكن يشترط جواز اخذه بشروط :

الاول: ان يكون فقيراً ويدل عليه الكتاب وخبر سماعة فانه صرح فيهما بكونه فقيراً ، وما عن المسالك من الميل الى استحباب العفة اذا كان غنياً لاوجه له .

الثاني : اشتغاله باصلاح اموالهم بحيث يمنعه عن الاشتغال لنفسه فان كان قادراً على الاشتغال بكلا الامرين وتحصيل معاشه لايجوز له الأخذ لاحظ حديث سماعة ومثله حديث زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن قول الله « ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » قال : ذلك اذا حبس نفسه في أموالهم فلايحترف لنفسه

. . . .

فليأكل بالمعروف من مالهم (* ١).

الثالث : سعة مال اليتيم اما لو كان قليلا فلا يجوز الأخذ ويدل عليه حديث أبي الصباح الكناني عن أبيعبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل : « ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » فقال : ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس أن أن يأكل بالمعروف اذاكان يصلح لهم أموالهم ، فان كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئاً الحديث (* ٢).

ومقتضى قانون الاطلاق والتقييد تقييد الكتاب والسنة بهذه الرواية وقد ثبت في محله جواز تخصيص العام الكتابي بالخبر الواحد .

ويدل على المدعى أيضاً حديث أبي اسامة عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله : (فليأكل بالمعروف) فقال : ذلك رجل يحبس نفسه على أموال اليتامى فيقوم لهم فيها ويقوم لهم عليها فقد شغل نفسه عن طلب المعيشة فلا بأس أن يأكل بالمعرورف اذا كان يصلح أموالهم ، وان كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئاً (*٣)

لكن الحديثين مخدوشان سنداً ، أما الحديث الثاني فواضح وأما الحديث الأول فلكون محمد بن الفضيل الواقع في السند مشتركاً بين الثقة وغير الثقة فيشكل الاعتماد عليه ، والله العالم .

الرابع : أن لايكون بنحو الاسراف والدليل عليه قوله تعالى وما ورد في حديث سماعة فانقدح بما ذكرنا ان الحق اختيارهذاالقول ويترتب عليه انه يجوز الأخذ بمقدار الحاجة أعم من أن يكون بمقدار اجرة المثل أو أقل أوأكثر ، وأما

---

١) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ١٠

٢) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ٣

٣) الوسائل ج ١٢ – في ذيل ص : ١٨٧

فصل في الموصى به

(مسألة ١) : يشترط في الموصى به أن يكون مما له نفع محلل[1] معتدبه[2] سواء أكان عيناً موجودة أم معدومة اذا كانت متوقعة الوجود كما اذا اوصى بمـا تحمله الجارية اوالدابة أومنفعة لعين موجودة أومعدومة متوقعة الوجود أوحق من الحقوق القابلة للنقل مثل حـق التحجير ونحوه لامثل حق القذف ونحوه ممـا لايقبل الانتقال الى الموصى له[3]

حديث هشام (* ١) الدال على اخـذ اجرة المثل فسنده ضعيف بعلي بن السندي ولم يثبت وثاقته .

١) اذ الوصية بلحاظ المنفعة المحرمة لاتصح فلابد مـن فرض منفعة محللة في موردها .

٢) يمكن أن يكون الوجه في الاشتراط المذكور الانصراف .

٣)لاطلاق دليل الوصية، ان قلت: ان الحمل المتجددمثلا بعد موت الموصي يصير ملكاً للوارث فكيف تتعلق به الوصية .

قلت : اولا يرد عليه النقض بمنفعة الدار المتجددة وثانياً نجيب بالحل وهو ان المالك للعين مالـك لها بالملكية المرسلة وبتبـع العين يملك منافعها بالملكية المرسلة فلا مانـع من الوصية ومما ذكرنا يظهر الوجه في بقية ما أفاده فانمقتضى اطلاق دليل نفوذ الوصية صحة الوصية في جميع ما ذكر من الأقسام .

---

١) لاحظ ص : ٣٥٢

(مسألة ٢) : اذا أوصى لزيد بالخمر القابلة للتخليل أو التي ينتفع بها في غير الشرب أو أوصى بآلات اللهو اذا كان ينتفع بها اذا كسرت صح[١].

(مسألة ٣): يشترط في الموصى به أن لا يكون زائداً على الثلث فاذا أوصى بما زاد عليه بطل الايصاء في الزائد[٢].

---

١) اذ المفروض ان مثل هذه المنافع حلال فتصح الوصية باطلاق دليلها .

٢) ادعي عليه الاجماع بقسميه وتدل عليه جملة من النصوص : منها: مارواه حمران ، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل اوصى عند موته وقال : اعتق فلاناً وفلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة ، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم ، قال : ينظر الى الذين سماهم وبدأ بعتقهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه اول شيىء ذكر ، ثم الثاني والثالث ثم الرابع ثم الخامس فان عجز الثلث كان في الذين سمى اخيراً لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث مالا يملك فلا يجوز له ذلك (* ١) .

ومنها : مارواه محمد بن مسلم ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه وأوصى بوصية فكان أكثر من الثلث ، قال : يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقى (* ٢) .

ومنها : مارواه محمد بن مسلم أيضاً ، عن أبى جعفر عليه السلام قال في رجل أوصى بأكثر من الثلث واعتق مماليكه في مرضه ، فقال : ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق (* ٣) .

---

١) الوسائل الباب ٦٦ من احكام الوصايا الحديث : ١

٢ و٣) الوسائل الباب ٦٧ من احكام الوصايا الحديث : ١ و٤

الامع اجازة الوارث[١] واذا أجاز بعضهم دون بعض نفذفي حصة المجيز دون الاخروواذا اجازوافي بعض الموصى به وردوا في غيره

ومنها: ماروواه احمد بن محمد قال :كتب احمد بن اسحاق الى أبى الحسن عليه‌السلام: ان ردة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعة اشقاصا في مواضع، وأوصت لسيدنا في اشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث، ونحن أوصيائها واحببنا انهاء ذلك الى سيدنا ، فان أمرنا بامضاء الوصية على وجهها أمضيناها وان أمرنا بغير ذلك انتهينا الى امره في جميع ما يأمر به انشاءالله ، قال : فكتب عليه السلام بخطه : ليس يجب لها في تركتها الا الثلث ، وان تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم انشاء الله(* ١) .

وفي قبال هذه الطائفة طائفة اخرى تدل على نفوذ الوصية في تمام ما تركه الميت لاحظ ماروواه محمد بن عبدوس قال: أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمد عليهما السلام فكتبت اليه : رجل أوصى الي بجميع ما خلف لك ، وخلف ابنتي أخت له ، فرأيك في ذلك ، فكتب الي : بع ما خلف وابعث به الي فبعت وبعثت به اليه ، فكتب الي : قد وصل (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ قدس سره الى علي بن الحسن بن فضال ، وبمحمد بن عبدوس .

ولاحظ ماروواه عمار بن موسى عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الرجل احق بماله مادام فيه الروح اذا أوصى به كله فهو جائز (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة أيضاً سنداً .

١) لمكاتبة احمد بن اسحاق (* ٤) .

---

١) الوسائل الباب ١١ من احكام الوصايا الحديث : ١

٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ١٦ و١٩

٤) مر آنفاً

صح فيما اجازوا وبطل في غيره[١].

(مسألة ٤) : لااشكال في الاجتزاء بالاجازة بعد الوفاة[٢] وفي الاجتزاء بها حال الحياة قولان اقواهما الاول[٣] وليس للمجيز الرجوع عن اجازته حال حياة الموصى ولابعد وفاته[٤]

---

١) كماهو مقتضى القاعدة وبعبارة اخرى لوجود المقتضي وعدم المانع بالنسبة الى المقدار المجاز .

٢) عن الجواهر انه اجماعي بقسميه ويدل على المدعى مكاتبة احمد بن اسحاق (*١) فان مقتضى هذه الرواية ان اجازة الوارث بعد وفاة الموصي تؤثر في نفوذ الوصية واعتبارها .

٣) قال في الجواهر يل هو المشهور بل عن الشيخ الأجماع عليه ويدل على المدعى حديث محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فاجازوا ذلك فلمامات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردوا ما أقروا به ؟ فقال : ليس لهم ذلك ، والوصية جائزة عليهم اذا أقروا بها في حياته (*٢).

ويدل عليه أيضاً مارواه منصور بن حازم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته شهود فاجازوا ذلك له ، قال : جائز قال ابن رباط : وهذا عندي على انهم رضوا بذلك في حياته واقروا به (* ٣).

٤) لما رواه محمد بن مسلم (* ٤) ومثله في الدلالة على المقصود ما رواه منصور بن حازم (* ٥) بل يمكن الاستدلال على المدعى بمكاتبة احمد بن

---

١) لاحظ ص : ٣٦٠

٢ و٣) الوسائل الباب ١٣ من أحكام الوصايا الحديث : ١ و٢

٤) مر آنفا

٥) مر آنفاً

كما لا أثر للرد اذا الحقته الاجازة [١] ولا فرق بين وقوع الوصية حال مرض الموصى وحال صحته ولا بين كون الوارث غنياً وفقيراً [٢].

(مسألة ٥) : لايشترط في نفوذ الوصية قصد الموصى انها من الثلث الذي جعله الشارع له فاذا أوصى بعين غير ملتفت الى الثلث وكانت بقدره أو أقل صح واذا قصد كونها من ثلثي الورثة فان اجازوا صح والابطل وان قصد كونها من الاصل نفذت الوصية فى ثلثها وتوقف فى ثلثيها على اجازة الورثة . هذا اذا اوصى بثلث الباقى كما اذا قال فرسى لزيد وثلثى من باقى التركة لعمرو فانه تصح وصيته لعمرو. وأما وصيته لزيد فتصح اذا رضى الورثة والاصحت فى ثلث الفرس أما اذا لم يوص بالثلث فان لم تكن زائدة على الثلث نفذت وان زادت على الثلث توقف نفوذها فى الزائد على اجازة الورثة [٣].

(مسألة ٦) : اذا وصى بعين معينة أو بمقدار كلى من المال

اسحاق(*١) فان مقتضى اطلاق الرواية نفوذ الاجازة فلاحظ .

١) للاطلاق فان مقتضاه عدم الفرق .

٢) كل ذلك للاطلاق ، فلاحظ .

٣) لصدورها من اهله ووقوعها في محلها ، وبعبارة اخرى لتمامية المقتضي وعدم المانع ثم ان ما أفاده في هذا الفرع بتمامه على طبق القاعدة المستفادة من النص من نفوذ الوصية في مقدار الثلث بنحو الاطلاق وفي الزائد بشرط اجازة الوارث ، فلاحظ .

---

١) لاحظ ص : ٣٦٠

كألف دينار يلاحظ في كونه بمقدار الثلث أواقل أو أزيد بالاضافة الى اموال الموصى حين الموت لاحين الوصية . فاذا أوصى لزيد بعين كانت بقدر نصف أمواله حين الوصية وحين الموت صارت بمقدار الثلث اما لنزول قيمتها أو لارتفاع قيمة غيرها أو لحدوث مال له لم يكن حين الوصية صحت الوصية في تمامها[١] واذا كانت حين الوصية بمقدار الثلث فصارت أكثر من الثلث حال الموت اما لزيادة قيمتها أو لنقصان قيمة غيرها أو لخروج بعض أمواله عن الملكية نفذت الوصية بما يساوي الثلث وبطلت في الزائد الا اذا أجاز الورثة[٢] واذا أوصى بكسر مشاع كالثلث فان كان حين الوفاة مساوياً له حين الوصية فلااشكال في صحة الوصية بتمامه وكذا اذا كان اقل فتصح فيه بتمامه حين الوفاة أما اذا كان حين الوفاة اكثر منه حين الوصية كما لو تجدد له مال فهل يجب اخراج ثلث الزيادة المتجددة أو يقتصر على ثلث المقدار حين الوصية لايخلو من اشكال وان كان الاقوى الاول[٣] الا

---

١) والوجه فيه ان الوصية عبارة عن التمليك بعد الوفاة ومن ناحية اخرى انها نافذة في الثلث على الاطلاق وفي الزائد عليه بشرط اجازة الوارث فحين الوفاة اذا كانت واجدة لشرط النفوذ ينفذ والا فلا .

٢) كما هو ظاهر فان الوصية بالزائد عن الثلث يتوقف على اجازة الورثة .

٣) تارة يقع الكلام فيما هو مقتضى القاعدة الاولية واخرى فيما يستفاد من النص الخاص اما من حيث القاعدة فالظاهر ان الميزان بحال الوصية لظاهر الكلام

أن تقوم القرينة على ارادة الوصية بثلث الاعيان الموجودة حين الوصية لاغير[١] فاذا تبدلت أعيانها لم يجب اخراج شيء[٢] أوتقوم القرينة على ارادة الوصية بمقدار ثلث الموجود حينها وان تبدلت اعيانها فلايجب اخراج الزائد[٣] وكذا اذا كان كلامه محفوفاً

كبقية الموارد وأما من حيث النص الخاص فالميزان مراعاة حال الوفاة لاحظ مارواه محمد بن قيس قال : قلت لـه : رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطـأ ، يعني الموصي ، فقال : يجاز لهذه الوصية من ماله ومن ديته (* ١) .

١) لانصراف النص عن هذه الصورة بل لنا أن نقول ان الظاهر من الرواية صورة ارادة الكسر المشاع حين الموت وأما في غيرهذه الصورة فلايشمله النص.

وعليه نقول : تارة يكون الظاهر من كلام الموصي ولو بالقرنية حال الوفاة تلاحظ تلك الحال ، واخرى يكون الظاهر من كلامه حين الوصية فالمدار عليه . وثالثة يكون الكلام مجملا فلابد من الاقتصار على القدر المتيقن .

لكن الانصاف : ان ما افاده في المتن تام فانه لولا القرينة الخارجية يكون مقتضى الظهور اللفظي تعلق الوصية بثلث ما يتركه حين الوفاة اذ الوصية تمليك من حين الوفاة فيكون متعلق الوصية ثلث مـا يقع مورد التأثير ، فالمناط بحال الوفاة فلا اشكال .

٢) اذ المفروض اختصاص الوصية بالموجود حينها وقـد فرض تبدلها فلا موضوع للوصية .

٣) كما هو ظاهر اذ الوصية بذلك المقدار فلاوجه للزائد .

---

١) الوسائل الباب ١٤ من احكام الوصايا الحديث : ١

بما يوجب اجمال المراد فانه يقتصر على القدر المتيقن وهو الاقل[1].

(مسألة ٧): يحسب من التركة ما يملكه بعد الموت كالدية في الخطأ وكذا في العمد اذا صالح عليها أولياء الميت وكما اذا نصب شبكة في حياته فوقع فيها شيىء بعد وفاته فيخرج من جميع ذلك الثلث اذا كان قد اوصى به واذا أوصى بعين تزيد على ثلثه في حياته وبضم الدية ونحوها تساوى الثلث تنفذ وصيته فيها بتمامها[2].

(مسألة ٨): انما يحسب الثلث بعد استثناء مايخرج من الاصل من الديون المالية فاذا اخرج جميع الديون المالية من مجموع التركة كان ثلث الباقي هو مورد العمل بالوصية[3].

---

١) اذ اللازم متابعة الوصية فيجب الاقتصار على القدر المتيقن ، فلاحظ .

٢) لايخفى ان ما أفاده خلاف القاعدة الأولية اذ المفروض تعلق الوصية بثلث ما يملكه والمفروض ان الدية واشباهها تقع في ملكه بعد وفاته فلا تشلمه الوصية لكن ببركة النص أعني حديث محمد بن قيس نلتزم بما افاده في المتن والنص وان كان وارداً في الدية لكن العرف يفهم عدم الفرق .

٣) بلااشكال ولاكلام، وتدل عليه جملة من النصوص: منها: مارواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أول شيىء يبدأ به من المال الكفن ، ثم الدين، ثم الوصية ، ثم الميراث (* ١) .

ومنها : ما رواه محمد بن قيس ، عن أبى جعفر عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : ان الدين قبل الوصية ، ثم الوصية على اثر الدين ، ثم

---

١) الوسائل الباب ٢٨ من أحكام الوصايا الحديث : ١

(مسألة ٩) : اذا كان عليه دين فابرأه الدائن بعد وفاته او تبرع متبرع في ادائه بعد وفاته لم يكن مستثنى من التركة وكان بمنزلة عدمه[١].

(مسألة ١٠) : لابد في اجازة الوارث الوصية الزائدة على الثلث من امضاء الوصية وتنفيذها ولا يكفي فيها مجرد الرضا النفساني[٢] .

الميراث بعد الوصية فان اول (أولى خ ل) القضاء كتاب الله (* ١) .

ومنها : ما رواه الفضل بن الحسن الطبرسي في (مجمع البيان) عن امير المؤمنين عليه السلام في قوله تعالى : « من بعد وصية توصون بها اودين » قال : انكم لتقرأون في هذه الوصية قبل الدين ، وان رسول الله صلى الله عليه وآله قضى بالدين قبل الوصية (* ٢) .

١) اذ مع فرض الابراء لاوجه للاستثناء وبعبارة اخرى المفروض تعلق الوصية بالثلث ، فلابد من انفاذها فيه بلا لحاظ الدين بعد فرض الابراء .

٢) لعدم دليل على كفايته بل الدليل على خلافه لاحظ مارواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردوا ما اقروا به ؟ فقال : ليس لهم ذلك ، والوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياته (* ٣) .

ومنها : مارواه منصور بن حازم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية اكثر من الثلث وورثته شهود فاجازوا ذلك له ، قال : جائز قال : ابن رباط : وهذا عندي على أنهم رضوا بذلك في حياته واقروا به (* ٤) فان

---

١ و٢) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب أحكام الوصايا الحديث : ٢ و٥

٣ و٤) الوسائل الباب ١٣ من أحكام الوصايا الحديث : ١ و٢

(مسألة ١١) : اذا عين الموصى ثلثه في عين مخصوصة تعين[١] واذا فوض التعيين الى الوصي فعينه في عين مخصوصة تعين ايضاً بلاحاجة الى رضا الوارث[٢] واذا لم يحصل منه شيء من ذلك كان ثلثه مشاعاً في التركة ولايتعين في عين بعينها بتعيين الوصي الامع رضا الورثة[٣].

(مسألة ١٢): الواجبات المالية تخرج من الاصل وان لم يوص بها الموصي وهي الاموال التي اشتغلت بها ذمته مثل المال الذي اقترضه والمبيع الذي باعه سلفاً وثمن ما اشتراه نسيئة وعوض المضمونات واروش الجنايات ونحوها ومنها الخمس والزكاة وردالمظالم[٤] واما الكفارات والنذور ونحوها فالظاهر انها لاتخرج من الاصل[٥]

(مسألة ١٣) : اذا تلف من التركة شيء بعد موت الموصي وجب اخراج الواجبات المالية من الباقي وان استوعبه وكذا اذا غصب بعض التركة[٦] واذا تمرد بعض الورثة عن وفاء الدين لم يسقط

المستفاد من الرواية عنوان الاجازة .

١) لان اختيار الثلث بيده .

٢) لأن تعيينه بمنزلة تعيين الموصي نفسه .

٣) فان التصرف في المال المشترك لايجوز الا مع اجازة الشريك .

٤) اذ الدين يخرج من الأصل وهو مقدم على الارث والوصية وجميع المذكورات داخل في الدين .

٥) اذ ليس ما ذكر داخلا في الدين فلاوجه لخروجه من الأصل .

٦) لتقدم الدين على الارث كتاباً وسنة ، أما الكتاب فقوله تعالى « من بعد

من الدين ما يلزم في حصته بل يجب على غيره وفاء الجميع كما يجب عليه[1] ثم اذا وفى غيره تمام الدين فان كان باذن الحاكم الشرعي

وصية يوصي بها أو دين ـ من بعد وصية يوصين بها أو دين » (* ١) وأما السنة فحديث محمد بن قيس (* ٢) .

١) لأن الدين قبل كل شيء فمادام موجوداً لاتصل النوبة الى الارث وبعبارة اخرى : المستفاد من الكتاب والسنة المشار اليهما انه لايجوز التوريث الا بعد اداء الدين وانفاذ الوصية، وبعبارة واضحة الارث بعدالدين وبعد الوصية والظاهر من لفظ البعد المذكورفي الاية البعد الزماني فلايجوز التصرف فيما تركه الميت لا اعتباراً ولاخارجاً الا بعد اداء الدين وانفاذ الوصية وان شئت قلت : جميع ما تركه الميت متعلق حق الدين والوصية فالورثة محجورون عن التصرف الا بعدهما .

وبكلمة اخرى : الظاهر من الاية الشريفة انه لايتحقق الارث ولا ينتقل المال الى الوارث الا في صورة انتفاء الدين والوصية وأما معهما أو احدهما لايصيرما تركه الميت ملكاً للوارث .

نعم يستفاد من حديث عبدالرحمن بن الحجاج ـ عن أبي الحسن عليه السلام مثله الا أنه قال : ان كان يستيقن ان الذي ترك يحيط بجميع دينه فلا ينفق وان لم يكن يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال (* ٣) ، التفصيل بين استيعاب الدين وعدمه بجواز التصرف في الصورة الثانية وعدمه في الصورة الأولى .

ولكن يعارضه حديث عباد بن صهيب ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل

---

١) النساء/ ١١ و ١٢

٢) لاحظ ص : ٣٦٥

٣) الوسائل الباب ٢٩ من أحكام الوصايا الحديث : ٢

رجع على المتمرد بالمقدار الذي يلزم في حصته[1] واذا كان بغير اذن الحاكم الشرعي ففي رجوعه عليه بذلك المقدار اشكال[2].

فرط في اخراج زكاته في حياته ، فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما لزمه من الزكاة ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع الى من تجب له ، قال جائز يخرج ذلك من جميع المال ، انما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكاة (* ١) .

فان المستفاد من هذه الرواية انه لايجوز التصرف حتى مع عدم الاستيعاب اذ المفروض في الرواية التبعض والتبعض يساوق كونه اقل ، فالحديثان متعارضان والترجيح مع حديث عباد لكونه موافقاً مع ظاهر الكتاب مضافاً الى كونه أحدث فالترجيح مع حديث عباد ويضاف الى ذلك كله انه لو وصلت النوبة الى الشك يكون مقتضى الأصل عدم انتقال ماتركه الميت الى الوارث قبل اداء الدين والله العالم .

فالنتيجة : ان المستفاد من الدليل الاجتهادي والفقاهتي ان تحقق الارث في صورة عدم الدين والوصية ، هذا ما يخطر بالبال في هذه العجالة .

وأما دعوى الاجماع على انتقال المال الى الوارث حتى مع وجود الدين أو الوصية فليس اجماعاً تعبدياً كاشفاً بل مستند الى التقريبات التى في كلماتهم كما يظهر لمن يراجعها فيترتب على ما ذكر انه قبل الوفاء لايجوز التصرف كما في المتن .

١) اذ مع اذن الحاكم يكون تصرفاته صحيحة والا فلا .

٢) لعدم الدليل على جواز الرجوع وبعبارة اخرى ان الدين مانع عن الارث والمفروض ارتفاعه بالاداء وجواز الرجوع الى المتمرد يحتاج الى الدليل ولكن

١) الوسائل الباب ٢١ من أبواب المستحقين للزكاة الحديث : ١

(مسألة ١٤) : الحج الواجب بالاستطاعة من قبيل الدين يخرج من الاصل[١] وأما الحج النذري فيخرج من الثلث على الاظهر[٢].

(مسألة ١٥) : اذا أوصى بوصايا متعددة متضادة كان العمل

على القول بعدم الملكية قبل اداء الدين والوصية لابد من التقسيم بعد تحقق الملكية اذ المال المشترك لابد من تقسيمه بالتراضي .

١) كما دلت عليه جملة من النصوص : منها : ما رواه معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يموت ولم يحج حجة الاسلام ويترك مالا ، قال : عليه ان يحج من ماله رجلا صرورة لامال له (* ١) .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات ولم يحج حجة الاسلام يحج عنه ؟ قال : نعم (* ٢) .

ومنها: مارواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام (في حديث) قال يقضى عن الرجل حجة الاسلام من جميع ماله (*٣) ومثلها غيرها المذكور في الباب المشار اليه .

٢) كما نص عليه في حديث عبدالله بن أبى يعفور قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل نذر لله ان عافى الله ابنه من وجعه ليحجنه الى بيت الله الحرام فعافى الله الابن ومات الأب ، فقال : الحجة على الأب يؤديها عنه بعض ولده ، قلت : هى واجبة على ابنه الذي نذر فيه ؟ فقال : هي واجبة على الأب من ثلثه ، أو يتطوع ابنه فيحج عن ابيه (* ٤) ومثله غيره من الروايات الواردة في الباب ٢٩ من أبواب وجوب الحج من الوسائل .

---

١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب وجوب الحج وشرائطه الحديث: ١و٢و٣

٤) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب وجوب الحج وشرائطه الحديث : ٣

على الثانية وتكون ناسخة للاولى[1] فاذا اوصى بعين شخصية لزيد ثم اوصي بها لعمرو

١) قال في الجواهر في هذا المقام «بلا خلاف ولا اشكال لكونها ناسخة للاولى ورجوعاً عنها عرفاً» انتهى موضع الحاجة من كلامه وما أفاده تام بالنسبة الى الملتفت اذ للموصي أن يرجع عن وصيته بمقتضى جملة من النصوص :

لاحظ ماروواه ابن مسكان وماروواه عبيد بن زرارة وماروواه بريد (＊ ١) فاذا فرضنا جواز الرجوع فالوصية الثانية نافذة على القاعدة فان الموصي بالوصية الثانية يبطل الاولى ويوجد الثانية .

وعليه لنا أن نقول : انه لافرق بين كونه ذاكراً وكونه ناسياً وذاهلا كما في الجواهر وتقريب المدعى ان المفروض اختيار المالك في الرجوع عن الاولى واحداث الثانية وحيث ان الوصية صدرت من اهلها ووقعت في محلها تنفذ بلا اشكال .

ولكن فى النفس شيء وهو ان الوصية الأولى وقعت صحيحة على الفرض غاية الأمر للموصي حق الرجوع فيها والمفروض ان الرجوع أمر انشائي ولم يتحقق بعد فمقتضى القاعدة أن تؤثر الأولى وتلغو الثانية نظير ما لو باع زيد داره بالبيع الخياري ومع الذهول عن المعاملة الواقعة ونسيانها باعها ثانياً من شخص آخر فهل يمكن أن يكون البيع الثاني صحيحاً مع وقوعه على ملك الغير؟ ويؤيد المدعى ما رواه حمران (＊ ٢) لكن الرواية ضعيفة بأبى جميله .

وقياس المقام بباب البيع مع الفارق فان البايع بعد البيع الاول اجنبي عن المال وليس له أن يبيعه ثانياً وأما الموصي فله أن يبطل الوصية الاولى ويوصي

---

١) لاحظ ص : ٣٣١

٢) لاحظ ص : ٣٥٩

اعطيت لعمرو وكذا اذا اوصى بثلثه لزيد ثم أوصى به لعمرو[١] واذا أوصى بثلثه لزيد ثم أوصى بنصف ثلثه لعمرو كان الثلث بينهما على السوية وكذا اذا اوصى بعين شخصية لزيد ثم أوصى بنصفها لعمرو فتكون الثانية ناسخة للاولى بمقدارها[٢]

(مسألة ١٦) : اذا أوصى بوصايا متعددة غير متضادة وكانت كلها مما يخرج من الاصل وجب اخراجها من الاصل وان زادت على الثلث[٣] وان كانت كلها واجبات لاتخرج من الاصل كالواجبات البدنية والكفارات والنذور اخرجت من الثلث[٤] فان زادت على الثلث واجاز الورثة اخرجت جميعها[٥] وان لم يجز الورثة ورد النقص على الجميع بالنسبة[٦] سواء أكانت مرتبة بأن ذكرت في كلام الموصى

وصية اخرى فالحق ما افاده في المتن .

١) فانه بعد فرض صحة الثانية وبطلان الاولى تكون النتيجة كما ذكر وقس عليه الفرع الثاني .

٢) اذ المفروض ان الوصية بطلت بالنسبة الى نصف الثلث فالنتيجة تعدد الموصى له فلكل منهما نصف الثلث وقس عليه الفرع التالي فلاحظ .

٣) كما مر فانه يجب اخراجها من الأصل وان زاد على الثلث كما في المتن .

٤) لنفوذ الوصية فيه فقط .

٥) لنفوذ الزائد مع اجازة الوارث كما مر .

٦) لعدم جواز الترجيح بلا مرجح .

واحدة بعد اخرى كما اذا قال : اعطوا عني صوم عشرين سنة وصلاة عشرين سنة أم كانت غير مرتبة بان ذكرت جملة واحدة كما اذا قال: اقضوا عني عباداتي مدة عمري صلاتي وصومي[1] فاذا كانت تساوي قيمتها نصف التركة فان اجاز الورثة

---

١) يمكن أن يقال : بأنه مالم يرفع اليد عن السابقة لاتصل النوبة الى اللاحقة وقد مر قريباً نظير هذا الاشكال هذا بحسب القاعدة الاولية، ولكن يمكن أن يكون الماتن فيماافاده ناظراً الى النصوص الخاصة الواردة في المقام منها ما رواه معاوية بن عمار ، قال : اوصت الي امرأة من أهل بيتي بمالها « بثلث مالها خ ل »وامرت أن يعتق عنها ويحج ويتصدق، فلم يبلغ ذلك ، فسألت أباحنيفة فقال : يجعل ذلك اثلاثاً ثلثاً في الحج ، وثلثاً في العتق ، وثلثاً في الصدقة ، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقلت له: ان امرأة من اهلي «اهل بيتي خ ل» ماتت واوصت الي بثلث مالها ، وأمرت أن يعتق عنها ويحج عنها ويتصدق ، فنظرت فيه فلم يبلغ ، فقال : ابدء بالحج فانه فريضة من فرائض الله عزوجل ، واجعل ما بقى طائفة في العتق ، وطائفة فى الصدقة ، فأخبرت أبا حنيفة بقول أبى عبدالله عليه السلام فرجع عن قوله وقال بقول أبى عبدالله عليه السلام (* ١) .

ومنها : ما رواه أيضاً عن أبى عبدالله عليه السلام قال : في امرأة أوصت بمال فى عتق وحج وصدقة فلم يبلغ ؟ قال : ابدء بالحج فانه مفروض فان بقى شيء فاجعل فى الصدقة طائفة وفى العتق طائفة (* ٢) .

ومنها : مارواه أيضاً قال : ماتت اخت مفضل بن غياث وأوصت بشيء من مالها الثلث فى سبيل الله ، والثلث فى المساكين ، والثلث فى الحج ، فاذا هو

---

١ و٢) الوسائل الباب ٦٥ من احكام الوصايا الحديث : ١ و٢

. . . .

لايبلغ ماقالت « الى أن قال » ولم تكن حجت المرأة فسألت اباعبدالله عليه السلام فقال لي : ابدء بالحج ، فانه فريضة من فرائض الله عليها ، ومـا بقي اجعله بعضاً في ذا وبعضاً في ذا الحديث (* ١) .

ومنها : مارواه أيضاً قال : سألت أبـا عبدالله عليه السلام عن امرأة أوصت بمال في الصدقة والحج والعتق، فقال : ابدء بالحج فانه مفروض فان بقي شيىء فاجعل في العتق طائفة ، وفي الصدقة طائفة (* ٢) .

ومنها : مارواه أيضاً قال : ان امرأة هلكت وأوصت بثلثها يتصدق بـه عنها ويحج عنها ويعتق عنها ، فلم يسع المال ذلك (الى أن قال) فسألت أباعبدالله عليه السلام عن ذلـك فقال : ابدء بالحج : فان الحج فريضة ، فما بقي فضعه فـي النوافل (* ٣) .

ومنها : مارواه محمد بن عبدالجبار، قال :كتبت الى العسكري عليه السلام امرأة أوصت الى رجل واقرت له بدين ثمانية آلاف درهم ، وكذلك ماكان لهـا من متاع البيت من صوف وشعر وشبه وصفر ونحاس وكل مالها اقرت به للموصى اليه، واشهدت على وصيتها، وأوصت أن يحج عنها من هذه التركة حجتان، وتعطى مولاة لها اربعمأة درهم ، وماتت المرأة وتركت زوجاً ، فلم نـدر كيف الخروج من هذا واشتبه علينا الامر ، وذكر كاتب ان المرأة استشارته فسألته ان يكتب لهم ما يصح لهذا الوصي، فقال : لها لاتصح تركتك «لهذا الوصى خ ل» الاباقرارك له بدين يحيط بتركتك بشهادة الشهود ، وتأمريه بعد أن ينفذ ماتوصيه به، وكتبت له بالوصية على هـذا واقرت للوصي بهذا الدين ، فرأيك ادام الله عزك في مسألة

---

١) نفس المصدر الحديث : ٣

٢ و٣) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب وجوب الحج وشرائطه الحديث : ١ و٢

نفذت في الجميع[1] وان لم يجز الورثة ينقص من وصية الصلاة الثلث ومن وصية الصوم الثلث[2] وكذا الحكم اذا كانت كلها تبرعيـة غير واجبة فانها ان زادت على الثلث واجاز الورثة وجب اخراج الجميع[3]

الفقهاء قبلك عن هـذا وتعريفنا ذلك لنعمل به ان شاء الله، فكتب بخطه : ان كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً فيخرج الدين من رأس المال ان شاء الله ، وان لم يكن الدين حقاً انفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى أولم يكف (* ١) .

ومنها : مارواه الحسين بن مالك قال :كتبت الى أبى الحسن عليه السلام : اعلم سيدي ان ابن اخ لي توفي واوصى لسيدي بضيعة ، وأوصى ان يدفع كل ما في داره حتى الاوتاد تباع ويحمل الثمن الى سيدي ، وأوصى بحج وأوصى للفقراء من اهل بيته واوصى لعمته واخيه بمال ، فنظرت فاذا ماأوصى به اكثر من الثلث ، ولعله يقارب النصف، مما ترك، وخلف ابنا لثلاث سنين، وترك ديناً، فرأى سيدي ؟ فوقع عليه السلام : يقتصر مـن وصيته على الثلث من ماله ، ويقسم ذلك بين من أوصى له على قدرسها مهم ان شاء الله (* ٢) .

وفي قبال هذه الطائفة رواية عن أبي جعفر عليه السلام (* ٣) يستفاد منها ان المقدم في الذكر يقدم وهذه الرواية ضعيفة بأبي جميلة .

١) اذ باجازة الوارث تصح الوصية في الزائد على الثلث .

٢) فاذا فرض مجموع التركة اثني عشر دينـاراً يكون نصفه ستة دنانير وبعد نقصان الثلث من كل منهما يبقى ثلث التركة اي اربعة دنانير .

٣) كما هو ظاهر بعد اجازة الوارث .

---

١) الوسائل الباب ١٦ من احكام الوصايا الحديث : ١٠

٢) الوسائل الباب ١١ من احكام الوصايا الحديث : ١٤

٣) لاحظ ص : ٣٥٩

وان لم يجز الورثة ورد النقص على الجميع بالنسبة[1] واذا كانت الوصايا المتعددة مختلفة بعضها واجب يخرج من الاصل وبعضها واجب لايخرج من الاصل كما اذا قال: اعطوا عني ستين ديناراً عشرين ديناراً زكاة وعشرين ديناراً صلاة وعشرين ديناراً صوماً فان وسعها الثلث اخرج الجميع[2] وكذلك ان لم يسعها واجاز الورثة[3] اما اذا لم يسعها ولم يجز الورثه فيقسم الثلث على الجميع[4] وما يجب اخراجه من أصل التركة يلزم تتميمه منها فاذا كان الميت قد ترك مأته دينار يخرج من اصل تركته عشرة دنانير للزكاة ثم يخرج ثلثه ثلاثون ديناراً فيوزع على الزكاة والصلاة والصوم[5] وكذا الحال فيما اذا تعددت الوصايا وكان بعضها واجباً يخرج من الاصل وبعضها تبرعية[6] نعم اذا لم يمكن التتميم من التركة تعين التتميم من الثلث في كلتا الصورتين[7] واما اذا تعددت الوصايا وكان بعضها واجباً لايخرج من الاصل

---

١) كما هو مقتضى عدم الترجيح .

٢) كما هو ظاهر لعدم منافاة بينها .

٣) كما هو ظاهر اذ مع اجازة الوارث يجب .

٤) لعدم الترجيح في البعض على الاخر .

٥) لخروج الدين من الاصل كما مر .

٦) لوحدة الملاك وعدم الفرق ، فلاحظ .

٧) اذ الدين مقدم على الوصية ، لاحظ مارواه محمد بن قيس (* ١) .

---

١) لاحظ ص : ٣٣٣

وبعضها تبرعية ولم يف الثلث بالجميع ولم يجزها الورثة ففي تقديم الواجب على غيره اشكال وكلام والاظهر هو التقديم[١].

(مسألة ١٧) : المراد من الوصية التبرعية الوصية بما لايكون واجباً عليه في حياته سواء أكانت تمليكية كما اذا قال : فرسي لزيد بعد وفاتي أم عهدية كما اذا قال : تصدقوا بفرسي بعد وفاتي[٢].

(مسألة ١٨) : اذا أوصى بثلثه لزيد من دون تعيينه في عين شخصية يكون الموصى له شريكاً مع الورثة فله الثلث ولهم الثلثان فان تلف من التركة شيىء كان التلف على الجميع وان حصل لتركته نماء كان النماء مشتركاً بين الجميع[٣] وكذا اذا اوصى بصرف ثلثه في مصلحته من طاعات وقربات يكون الثلث باقياً على ملكه فان تلف من التركة شيىء كان التلف موزعاً عليه وعلى بقية الورثة وان حصل النماء كان له منه الثلث واذا عين ثلثه في عين معينة تعين كما عرفت

---

١) لاحظ مارواه معاوية بن عمار (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية انه لو وقعت الوصية على المفروض وغير المفروض يقدم المفروض عند التزاحم ، وبعبارة اخرى عموم العلة يقتضي ما ذكر .

٢) الامر كما أفاده فان التبرع مقابل ما يجب عليه .

٣) ماأفاده في هذا الفرع تام وعلى طبق القواعد الاولية ولايحتاج الى بحث وبعبارة اخرى : الوصية التمليكية تقتضي انتقال مورد الوصية الى الموصى له فيترتب عليه احكام الملك .

---

١) لاحظ ص : ٣٧٣

فاذا حصل منها نماء كان النماء له وحده وان تلف بعضها أو تمامها اختص به التلف، ولم يشاركه فيه بقية الورثة[١].

(مسألة ١٩) : اذا اوصى بثلثه مشاعاً ثم اوصى بشيء آخر معيناً كما اذا قال : انفقوا علي ثلثي واعطوا فرسي لزيد وجب اخراج ثلثه من غير الفرس وتصح وصيته بثلث الفرس لزيد وأما وصيته بالثلثين الاخرين من الفرس لزيد فصحتها لزيد موقوفة على اجازة الورثة فان لم يجيزوا بطلت كما تقدم واذا كان الاخر غير معين كما اذا قال انفقوا علي ثلثي واعطوا زيداً مائة دينار توقفت الوصية بالمائة على اجازة الورثة فان اجازوها في الكل صحت في تمامهـا وان اجازوها في البعض صحت في بعضها وان لم يجيزوا منها شيئاً بطلت في جميعها ونحوه اذا قال : اعطوا ثلثي لزيد واعطوا ثلثا آخر من مالي لعمرو فانه تصح وصيته لزيد ولا تصح وصيته لعمرو الا باجازة الورثة اما اذا قال: اعطوا ثلثي لزيد ثـم قال : اعطوا ثلثي لعمرو كانت الثانية ناسخة للاولى كما عرفت والمدار على ما يفهم من الكلام[٢].

---

١) اذ في هذه الصورة لاينتقل الثلث الى احد فيكون باقياً على ملك الميت وعلى الجملة ما أفاده تام فلاوجه لاطالة الكلام .

٢) اذ المفروض انه تعلقت الوصية بثلث جميع ما تركه بنحو الاشاعة ويترتب عليه نفوذ وصيته في الفرس بمقدار ثلثه وأما الزايد عليه فيحتاج الى اجازة الورثة وان شئت قلت : ان الوصية الأولى تعلقت بالثلث والوصية الثانيـة تعلقت بما زاد عليه فيحتاج الى الاجازة ومـع صحة الاولى لايمكن تصحيح الثانية الا مع رفع

(مسألة ٢٠) : لاتصح الوصية في المعصية فاذا أوصى بصرف مال في معونـة الظالم أوفي ترويج الباطل كتعمير الكنائس والبيع ونشر كتب الضلال بطلت الوصية[١].

(مسألة ٢١) : اذا كان ماأوصى به جائزاً عند الموصي باجتهاده أو تقليده وليس بجائز عند الوصي كذلك لم يجز للوصي تنفيذ الوصية واذاكان الامر بالعكس وجب على الوصي العمل[٢].

(مسألة ٢٢) : اذا أوصى بحرمان بعض الورثة من الميراث فلم يجز ذلك البعض لم يصح نعم اذا لـم يكن قد اوصى بالثلث واوصى بذلك وجب العمل بالوصية بالنسبة الى الثلث لغيره فاذا كان له ولدان وكانت التركة ستة فأوصى بحرمان ولده زيد من الميراث

اليد عن الأولى ولو في الجملة .

وقد مر ان الوصية الثانية المضادة للأولى ناسخة للأولى فكيف الجمع بين ما افاده في المقام وما افاده فيما تقـدم ؟ والذي يختلج بالبال أن يقال : ان الوصية الثانية نافذة في جميع الفرس وناسخة للأولى بهذا المقدار والله العالم .

١) فـان النهي عن شرب الخمر مثلا ينافي امضاء الوصية بصرف المال فيه وهكذا ، نعم لو فرض وجود منفعة محللة للخمر مثلا لامانع من الوصية به بلحاظ تلك المنفعة كالطلي .

٢) اذ المفروض ان الوصي يرى العمل الفلاني حراماً فيرى كون الوصية به باطلا ومع البطلان لاموضوع للقيام بالعمل على طبقها وأما في صورة العكس يرى صحة الوصية فيجب القيام بها لعدم جواز التبديل فلاحظ .

اعطي زيد اثنين واعطي الاخر اربعة واذا أوصى بسدس ماله لاخيه وأوصى بحرمان ولده زيد من الميراث اعطي اخوه السدس واعطى زيد الثلث واعطي ولده الاخر النصف[1].

(مسألة ٢٣) : اذا اوصى بمال زيد بعد وفاة نفسه لم يصح وان اجاز زيد[2] واذا أوصى بمال زيد بعد وفاة زيد فاجاز زيد صح[3].

---

١) الظاهر ان ما افاده تام وعلى طبق القاعدة ولا يحتاج الى تطويل في البحث فلاحظ .

٢) فانه خارج عن الوصية ولامقتضي لصحة هذا الانشاء، وبعبارة اخرى الوصية بالمال مع حياة المالك لاتصح اذ متعلق الوصية وموضوعها مابعد الموت فلامجال للصحة مع حياة المالك .

٣) على ما هو المقرر عندهم من صحة الفضولي بالاجازة وقد ذكرنا في بحث المعاملات عدم تمامية الفضولي على القاعدة .

نعم انما نلتزم بصحته مع الاجازة فيما يقوم دليل خاص على صحته ، والحق صحة الفضولي مع الاجازة بلحاظ النص الخاص ، لاحظ حديث زرارة (* ١) ولا يخفى: ان البطلان الذي ندعيه يتوقف على كون الاجازة انفاذاً لعمل الفضولي وأما لو كان الاجازة مصداقاً للانشاء كما لو كتب زيد وصية من قبل غيره وذلك الغير بعد الاطلاع على ذلك الكتاب انشأ الوصية بالنحو المزبور جازت الوصية لصدق العنوان ودخوله تحت دليل النفوذ .

وبعبارة اخرى : تارة تكون الاجازة وصية ابتدائية ويصدق بالاجازة عنوان الوصية فلا اشكال في الصحة وأما نفوذها بالاجازة فيتوجه عليه ما ذكرناه في ذلك البحث ، والحق كما تقدم الصحة مع الاجازة بالنص الخاص .

---

١) لاحظ ص : ٣٤٦

(مسألة ٢٤) : قد عرفت انه اذا أوصى بعين من تركته لزيد ثم أوصى بها لعمرو كانت الثانية ناسخة ووجب دفع العين لعمرو فاذا اشتبه المتقدم والمتأخر تعين الرجوع الى القرعة في تعيينه[1].

(مسألة ٢٥) : اذا دفع انسان الى آخر مالا وقال له اذامت فانفقه عني ولم يعلم انه اكثر من الثلث اواقل اومساوله اوعلم انه اكثرواحتمل انه مأذون من الورثة في هذه الوصية اوعلم انه غير مأذون من الورثة لكن احتمل انه كان له ملزم شرعي يقتضي اخراجه من الاصل فهل يجب على الوصى العمل بالوصية حتى يثبت بطلانها فيه اشكال ولاسيما في الفرضين الاخيرين[2].

(مسألة ٢٦) : اذا اوصى بشيء لزيد وتردد بين الاقل والاكثر

---

١) لأنها لكل أمر مشكل .

٢) الذي يختلج بالبال أن يفصل بين الصورة الأولى والصورتين الأخيرتين بأن نلتزم بالصحة في الأولى وبعدمها فيهما ، وتقريب المدعى ان الوصية بالثلث جايز بلا اشكال ومع الشك في الزيادة يحرز موضوع النفوذ باستصحاب عدم كونه زائداً ولا مجال لاستصحاب عدم كونه غير زائد لعدم ترتب اثر عليه الا على النحو المثبت الذي لانقول به واما مع احراز الزيادة فمقتضى قانون الارث انتقال ماتركه الميت الى الورثة كما ان مقتضى الاصل عدم الاذن وعدم الزام شرعي وحمل فعل المسلم على الصحة لايقتضي ترتيب الاثر عليه .

وبعبارة اخرى : لايستفاد من دليله الا عدم اتهامه وحسن الظن به لاأزيد من هذا المقدار، وأما حمل فعل الغير على الصحة بمعنى جعل عمله مؤثراً فهو يتوقف

اقتصر على الاقل[١] واذا تردد بين المتباينين عين بالقرعة[٢].

فصل في الموصى له

(مسألة ١) : الاظهر صحة الوصية العهدية للمعدوم اذا كان متوقع الوجود في المستقبل مثل أن يوصى باعطاء شيء لاولاد ولده الذين لم يولد واحال الوصية ولاحين موت الموصى[٣] فيبقى المال الموصى به في ملك الموصى[٤] فان ولدوا بعدذلك اعطى لهم والاصرف في الاقرب فالاقرب الى نظر الموصى[٥] وأما الوصية التمليكية فهى

على احراز كونه مالكاً للعمل الفلاني ، وأما مع الشك في كونه مالكاً فلا دليل على جريان اصالة الصحة .

اللهم الا أن يقال : ان عمل ذي اليد وقوله حجة بالنسبة الى ما في يده والمقام من صغريات تلك الكبرى ، وعلى الجملة المسئلة لاتكون واضحة ولو قيل باعتبار كلام القائل بتقريب كونه ذا اليد لايكون جزافاً ، والله العالم بحقائق الامور .

١) لعدم دليل على الازيد ومقتضى الاصل عدمه .

٢) لأنها لكل أمر مشتبه .

٣) لاطلاق دليل الوصية .

٤) كما هو مقتضى القاعدة اذ الوصية مانعة من الانتقال الى الوارث وحيث لاموجب لخروجه عن ملك الميت يبقى في ملكه الى ذلك الزمان .

٥) الحق ان اثباته مشكل فان الوصية من الامور الانشائية ومع عدم تعلق الانشاء بالاقرب فالاقرب لامقتضي له كما هو ظاهر .

لاتصح للمعدوم الى زمان موت الموصى [1] واوأوصى لحمل فان ولدحياً ملك الموصى به [2]

---

١) اذ الموصى به ينتقل من ملك الموصي حين وفاته فكيف يمكن صيرورته ملكاً للموصى له مع فرض كونه معدوماً والمعدوم غير قابل للملكية ولقائل أن يقول: اي مانع من أن يبقى الموصى به في ملك الموصي حتى بعد وفاتـه وينتقل الى ملك الموصى له بعد وجوده .

لكن يظهرمن الجواهر (* ١) ان الادلة قاصرة للشمول وعلى فرض شمولها لابد من رفع اليد عنها بالاجماع المنقول والمحصل ولا يبعد أن ما أفاده تام اذ ليس في الأدلة ما يدل على الجواز ولو مـع عدم وجود الموصى له لاحظ قوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضـر احدكم الموت أن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف » (* ٢) فان الظاهر منـه فرض الوجود للموصي له وقس على الاية الشريفة النصوص الواردة في الموارد المختلفة .

ولكن الانصاف ان منع الاطلاق في جميع النصوص مشكل فان جملة منها مطلقةمن هذه الجهة لاحظ احاديث الواردة في الباب ١١من احكام الوصايا(*٣) وقـد مر بعض النصوص لاحظ احاديث احمد وعمار وعليه لابد من اتمام الامر بالاجماع والتسالم ، والله العالم .

٢)قال في الحدائق (*٤) : « الظاهر انه لاخلاف في أنهتصح الوصيةللحمل الموجود حين الوصية وان لم تحله الحياة لكـن يكون ذلك مراعى بوضعه حياً فتصح بمجرد وجوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت

---

١) ج ٢٨ ص : ٣٦٣ و٣٦٤

٢) البقرة/١٨١

٣) لاحظ ص : ٣٦٠

٤) ج ٢٢ ص : ٥٥١

والا بطلت الوصية ورجع المال الى ورثة الموصى [١] وتصح الوصية للذمى [٢]

الوصية وان كان حال الوصية حياً في بطن امه كما انها تصح بوضعه حياًوان لم يكن حال الوصية حياً ولم تلجه الروح ومعنى استقرارها تحقق صحتها من حين موت الموصي ، ومع وضعه ميتاً يتبين البطلان من ذلك الوقت، وحينئذ فالنماء المتخلل بين الولادة وموت الموصي يتبع العين ولم اقف في هذا المقام على نص غير ان ظاهر الاصحاب الاتفاق على ما ذكرنا ، فانه لم ينقل هنا خلاف في شيىء من هذه الاحكام » انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع في الفردوس مقامه وهذا التفصيل ان تم بالاجماع والتسالم فهو والا فللمناقشة فيما ذكر مجال .

١) قد علل هذا الحكم تارة بأنه لو لم يولد حياً لايكون قابلا للمالكية لعدم ترتب اثر على مالكيته واخرى بقياسه بباب الارث من التفصيل بين تولده حياً وعدمه.

ويمكن أن يرد على التقريب الاول اولا بالنقض بما لو ولد حياً ومات في ساعته وثانياً بالحل بأن أثر ملكيته انتقال ملكه الى وارثه نظير ما قيل في الوقف بأن الموقوف له اذا ملك وسقط ميتاً بعد ولوج الروح فيه يكون ملكه ارثاً لوارثه وعلى التقريب الثاني ببطلان القياس في المذهب فعليه ان تم اجماع تعبدي والا فلا مانع حسب الأدلة ، فلاحظ .

٢) الذي يظهر من بعض كلمات الاصحاب ان عمدة الأقوال في الذمى ثلاثة: قول بالجواز على الاطلاق وقول بعدمه كذلك وقول بالتفصيل بين كونه رحماً فيجوز وكونه اجنبياً فلايجوز وقد ذكرت في وجه الجواز امور :

الاول : انه مضافاً الى عدم الخلاف المدعى في المقام قوله تعالى لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا

. . . .

اليهم (*١) الاية بتقريب ان المستفاد من الاية الكريمة انه لابأس بالبر بالنسبةالى الذمي .

الثاني : مادل من النصوص على الترغيب بالبر والاحسان بالنسبة الى كل احد منها : مارواه جميل بن دراج عن ابيعبدالله عليه السلام قال : اصنع المعروف الى من هو اهله ، والى من ليس من اهله ، فان لم يكن هو اهله فكن أنت من اهله (* ٢) .

ومنها : مارواه معاوية بن عمار قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : اصنعوا المعروف الى كل احد فان كان اهله ، والا فانت اهله (* ٣) .

ومنها : مارواه علي بن جعفر ، عن أخيه أبي الحسن موسى عليه السلام قال اخذ أبي بيدي ثم قال: يا بني ان أبي محمد بن علي عليهما السلام أخذ بيدي كما اخذت بيدك وقال : ان أبي علي بن الحسين عليهما السلام أخذ بيدي وقال : يا بني افعل الخير الى كل من طلبه منك فان كان من اهله فقد اصبت موضعه ، وان لم يكن من اهله كنت انت من اهله ، وان شتمك رجل عن يمينك ثم تحول الى يسارك فاعتذر اليك فاقبل عذره (* ٤) .

الثالث: مادل من النصوص على التصدق على كل احد لاحظ مارواه، اسحاق بن عمار ،عن جعفر عن أبيه ان علياً عليه السلام كان يقول : لا يذبح نسككم الا اهل ملتكم ، ولا تصدقوا بشيء من نسككم الا على المسلمين ، وتصدقوا بماسوا غير الزكاة على اهل الذمة (* ٥) .

---

١) الممتحنة/٨

٢ و٣) الوسائل الباب ٣ من ابواب فعل المعروف الحديث : ١ و٢

٤) نفس المصدر الحديث : ٣

٥) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الصدقة الحديث : ٦

. . . .

الرابع: اطلاقات ادلة الوصيةمن الكتاب والسنة الخامس مادل من النصوص الواردة في المقام، منها : مارواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله ، قال: اعطه لمن أوصى له به وان كان يهودياً او نصرانياً ان الله عزوجل يقول : فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه (* ١) .

ومنها : مارواه الريان بن شبيب « الصلت » قال : اوصت ما ردة « مارد خ ل مارية خ ل » لقوم نصارى فراشين بوصية فقال اصحابنا : اقسم هذا في فقراء المؤمنين من اصحابك ، فسألت الرضا عليه السلام فقلت : ان اختي اوصت بوصية لقوم نصارى ، واردت ان اصرف ذلك الى قوم من اصحابنا مسلمين، فقال: امض الوصية على ما أوصت به ، قال الله تعالى : فانما اثمه على الذين يبدلونه(*٢).

ومنها : ما رواه أبو خديجة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لايرث الكافر المسلم وللمسلم أن يرث الكافر الا أن يكون المسلم قد أوصى للكافر بشيء (*٣)

ومنها : ماروا ه محمد بن مسلم قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله ، قال : اعطه لمن اوصى له ، وان كان يهودياً أو نصرانياً ان الله يقول : « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه » (* ٤) .

ومنها: ماروا ه الحسين بن سعيد في حديث آخر عن الصادق عليه السلام قال: قال عليه السلام : لوان رجلا اوصى الي ان اضع في يهودي أونصراني لوضعت فيهم ان الله يقول: « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه»(*٥) .

واستدل لعدم الجواز بقوله تعالى «لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون

---

١) الوسائل الباب ٣٢ من أحكام الوصايا الحديث : ١

٢ و٣ و٤ و٥) الوسائل الباب ٣٥ من أحكام الوصايا الحديث : ١ و٤ و٥ و٦

. . . .

من حادالله ورسوله ولو كانوا آبائهم اوابنائهم او اخوانهم اوعشيرتهم اولئك كتب في قلوبهم الايمان وايدهم بروح منه ويدخلهم جنات تجري من تحتها الانهار خالدين فيها رضي الله عنهم ورضوا عنه اولئك حزب الله ألا ان حزب الله هم المفلحون» (*١)

بتقريب ان المستفاد من الاية الكريمة حرمة الموادة معهم حتى لو كانوا ارحاماً فتكون الاية دليلا على الحرمة بلا فرق بين الاجنبي والرحم ، والوصية لهم نوع من المودة فلا يجوز .

ويرد عليه اولا ـ انه كما قيل ـ : ان النهي عن الموادة معهم من حيث كونهم يحادون الله والا يلزم حرمة سقي الكافر وهـو كما ترى وثانياً : على فرض التنزل لابد من تقييد الآية الشريفة بالاية المتقدمة .

وثالثاً : لابد من رفع اليد عن الاية واطلاقها بالنصوص الدالة على الجواز الواردة في خصوص الكافر كما مرت .

ورابعاً : لاتنافي بين حرمة الوصية تكليفاً ونفوذها وضعاً كالبيع وقت النداء حيث انه حرام مع انه لااشكال في صحته ، فلاحظ .

مضافاً الى جميع ذلك انه قد دل الكتاب والسنة على رجحان البر والاحسان بالنسبة الى الأرحام بل يدلان على وجوبهما في الجملة سيما بالنسبة الى الوالدين وقد ذكرنا في بحث صلة الارحام ان مقتضى اطلاق الادلة عدم الفرق بين كون الرحم مسلماً وكونه كافراً لاحظ مارواه صفوان بن الجهم بن حميد قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام: تكون لي القرابة على غير امري، ألهم علي حق ؟ قال : نعم حق الرحم لايقطعه شيىء واذا كانوا على أمرك كان لهم حقان: حق الرحم وحق الاسلام (*٢)

---

١) المجادلة/٢٢

٢) الاصول من الكافي ج ٢ كتاب الايمان والكفر الحديث : ٣٠ ص ـ ١٥٧

وللحربي[١] ولمملوكه وام ولده ومدبره ومكاتبه[٢]

فان المستفاد من هذه الرواية ان الرحم يوصل وان لم يكن مسلماً .

١) ربما يستدل على عدم الجواز بامور : الاول الاجماع وفيه ان المنقول : منه لايكون حجة والمحصل منه على فرض تحققه محتمل المدرك فلا اعتبار به .

الثاني ان الحربي غير قابل لكونه مالكاً فلا مجال للوصية له وفيه اولا ان هذا التقريب على فرض تماميته لايكون دليلا بالنسبة الى الوصية العهدية وثانياً : ان المدعى المذكور باطل فان الحربي يملك غاية الأمر انه لااحترام لماله وكم فرق بين الامرين ؟ .

الثالث : ان الوصية له محرمة بمقتضى الاية المتقدمة من سورة المجادلة . ويرد عليه جميع ما قلناه آنفاً ومن جملة ما ذكرناه ان الحرمة التكليفية لاتستلزم الفساد الوضعي .

ولا يخفى : ان مقتضى الاطلاق عدم الفرق في اليهود والنصارى بين الذمي والحربي منهما فان النصوص الدالة على جواز الوصية لليهود والنصارى تشمل باطلاقها كلا الفريقين من كلتا الطائفتين : فالحق ما أفاده في المتن .

٢) ادعي على جميع ما ذكر الاجماع ـ كما في الجواهر ـ ، ويمكن أن يستدل على المدعى بما رواه محمد بن الحسن الصفار انه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي عليهما السلام: رجل أوصى بثلث ماله في مواليه ومولياته الذكر والانثى فيه سواء أو للذكر مثل حظ الانثيين من الوصية ؟ فوقع عليه السلام : جايز للميت ما اوصى به على ما اوصى ان شاء الله (* ١) .

ويمكن الاستدلال أيضاً بما رواه محمد بن علي بن محبوب، قال :كتب رجل الى الفقيه عليه السلام : رجل أوصى لمواليه وموالي ابيه بثلث ماله فلم يبلغ ذلك

---

١) الوسائل الباب ٦٣ من احكام الوصايا

ولا تصح لمملوك غيره قناً كان اوغيره[1] وان اجاز مولاه[2] الا اذا كان مكاتباً مطلقاً وقد ادى بعض مال الكتابة فيصح من الوصية له قدر ما تحرر منه[3].

(مسألة ٢) : اذا كان ما أوصى به لمملوكه بقدر قيمته اعتق ولا شيىء له واذا كان اكثر من قيمته اعتق واعطى الزائد وان كان اقل منها

قال : المال لمواليه وسقط موالي ابيه (* ١) .

١) يمكن الاستدلال عليه مضافاً الى الاجماع المدعى في المقام في الجملة بما رواه عبد الرحمن بن الحجاج ، عن احدهما عليهما السلام انه قال : لاوصية للمملوك (* ٢) .

٢) للاطلاق .

٣) لما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى اميرالمؤمنين عليه السلام في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية ، فقال اهل الميراث : لايجوز وصيتها لأنه مكاتب لم يعتق ، فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه ، ويجوز له من الوصية بحساب ما اعتق منه ، قال : وقضى عليه السلام في مكاتب اوصي له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فاجاز له نصف الوصية ، وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فاوصي له بوصية فاجاز له ربع الوصية ، وقال في رجل أوصى لمكاتبه وقد قضت سدس ما كان عليها فاجاز لها بحساب ما اعتق منها (* ٣) .

---

١) الوسائل الباب ٦٩ من أحكام الوصايا الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٧٩ من أحكام الوصايا الحديث : ٣

٣) الوسائل الباب ٨٠ من احكام الوصايا الحديث : ١

اعتق واستسعى في الزائد[١] سواء أكان ما اوصى له بقدر نصف قيمته ام اكثر ام اقل[٢].

(مسألة ٣) : اذا اوصى لجماعة ذكوراً أواناثاً أوذكوراً واناثاً بمال اشتركوا فيه على السوية وكذا اذا اوصى لابنائه وبناته اولاعمامه وعماته او اخواله وخالاته اواعمامه واخواله فان الحكم في الجميع التسوية الا أن تقوم القرينة على التفصيل مثل أن يقول على كتاب الله اونحو ذلك فيعطى للذكر مثل حظ الانثيين[٣].

---

١) لحديث حسن بن صالح ، عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله ، قال : فقال : يقوم المملوك بقيمة عادلة ، قال عليه السلام ثم ينظر ما ثلث الميت ، فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدرربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة ، وان كان الثلث اكثر من قيمة العبد اعتق العبد ودفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة « القسمة خ ل » (* ١) .

فان المستفاد من هذا الحديث ينطبق على ما أفاده في المتن ، فلاحظ .

٢) ربما يقال : ان المستفاد من الحديث حكم خاص في مورد خاص ولكن يمكن أن يقال ان العرف يفهم من هذا الحديث عدم الفرق بين الموارد، فلاحظ

٣) فانه مقتضى القاعدة الاولية والترجيح يحتاج الى دليل .

وبعبارة اخرى : مقتضى نفوذ الوصية نفوذها بكل نحو تحققت والاعتبار بمقام الاثبات الكاشف عن مقام الثبوت فمادام لم يقم دليل على الترجيح والتفصيل يكون مقتضى الظاهر التسوية لكن يستفاد من حديث سهل قال : كتبت اليه : رجل له ولد ذكور واناث فاقر لهم بضيعة انها لولده ولم يذكر انها بينهم على سهام

(* ١) الوسائل الباب ٧٩ من أحكام الوصايا الحديث : ٢

فصل في الوصي

(مسألة ١) : يجوز للموصي ان يعين شخصاً لتنفيذ وصايـاه ويقال له الوصي[١] ويشترط فيه امور (الاول) : البلوغ على المشهور فلاتصح الوصاية الى الصبي منفرداً اذا اراد منه التصرف في حال صباه مستقلا ولكنه لايخلو عن اشكال[٢]

الله وفرائضه الذكر والانثى فيه سواء ؟ فوقـع عليه السلام : ينفذون فيها وصية ابيهم على ماسمى ، فان لم يكن سمى شيئاً ردوها الى كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله (＊١) ، التفصيل بين ان يعين الموصي ويسمي وان يطلق كلامه فانه يجب في الصورة الثانية التقسيم على ما فرض الله ، لكن الحديث ضعيف بسهل.

وفي المقام رواية رواها زرارة ، عن أبى جعفر عليه السلام في رجل أوصى بثلث ماله في اعمامه واخواله فقال : لاعمامه الثلثان ولأخواله الثلث (＊ ٢) ، تدل على أنه لو اوصى احد بثلث ماله لاعمامه واخواله يكون لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث، والرواية لابأس بسندها فيشكل ما أفاده في المتن على نحو الاطلاق واعراض المشهور عن الرواية لايقتضي ضعفها كما هو مسلك سيدنا الاستاد فلاحظ .

١) هذا من الواضحات التي ليست قابلة للتشكيك فيها ويستفاد مشروعية المدعى من نصوص كثيرة : منها مارواه معاوية بن عمار (＊ ٣) .

٢) ربما يستدل على المدعى بقوله تعالى «فان انستم منهم رشداً فادفعوا اليهم

---

١) الوسائل الباب ٦٤ من احكام الوصايا الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٦٢ من احكام الوصايا

٣) لاحظ ص : ٣٧٣

. . . .

اموالهم» (* ١) فان المستفاد من الاية الكريمة ان مجرد الرشد لايكفى فيجواز التصرف بل يشترط فيه مضافاً الى الرشد البلوغ وبدونه لايتم الأمر ويترتب عليه عدم نفوذ تصرفات غير البالغ .

ان قلت : هذه الاية تدل على عدمجوازتصرفات غير البالغ في ملكهوالمقام لايرتبط بذلك الباب قلت : لايبعد ان العرف يفهم قصورغير البالغ عن التصرف فلا فرق بين الأبواب ، فتأمل .

ويمكن الاستدلال على المدعى بطوائف من النصوص : الطائفة الأولى : ما يدل على عدم نفوذ امر الصبي (* ٢) ومنها ما رواه عبدالله بن سنان (* ٣) .

ومنها : ماروواه محمد بن علي بن الحسين قال : قال : أبوعبدالله عليه السلام اذا بلغت الجارية تسع سنين دفع اليها مالها ، وجاز امرها في مالها ، واقيمت الحدود التامة لها وعليها (*٤) .

ومنها: ما رواه ابو الحسين الخادم بياع اللؤلؤ، عن أبي عبدالله عليهالسلام قال : سأله أبي وانا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره ؟ قال : حتى يبلغ اشده . قال : وما أشده ؟ قال : احتلامه ، قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة او اقل او اكثر ولم يحتلم ، قال : اذا بلغ وكتب عليه الشيىء « ونبت عليه الشعر ظ » جاز عليه أمره الا أن يكون سفيهاً او ضعيفاً (*٥) .

بتقريب ان المستفاد من هذه النصوص انه لايجوز ولا يمضى امر الصبي الا بأن يبلغ واورد على الاستدلال سيدنا الاستاد بأن الظاهر من هذه النصوص نفي

---

١) النساء/٦

٢) لاحظ ص : ٣٣٩

٣) لاحظ ص : ٣٣٩

٤ و٥) الوسائل الباب ٢ من احكام الحجر الحديث : ٣ و٥

نعم الاحوط أن يكون تصرفه باذن الولي أو الحاكم الشرعي[١] أما لواراد أن يكون تصرفه بعدالبلوغ[٢]اومع اذن الولي فالاظهر صحة

استقلال الصبي بالأمر وأما مع اجازة وليه فلا تعرض في النصوص له .

لكن الانصاف : ان مقتضى الاطلاق عدم ترتب الاثر على فعله ولومع اجازة وليه ، لكن العمدة في الاشكال عدم تمامية اسناد النصوص المشار اليها ظاهراً .

الطائفة الثانية : ما يدل على رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ومن تلك الطائفة مارواه عمار الساباطي (*١) بتقريب ان مقتضى رفع القلم عنه عدم ترتب اثر على انشائه فوجوده كالعدم .

ويرد عليه: ان رفع القلم لايستلزم عدم اعتبار انشائه فان الظاهر من هذه الجملة ان الصبي لايلزم بشيىء ومن الظاهر انه لو أجرى صيغة البيع وكالةعن قبل المالك لايتوجه الزام عليه الا أن يقال : انه لوصار وكيلا او وصياً واوقع معاملة وكالة أو وصاية يلزم بترتيب الاثر .

الطائفة الثالثة : مايدل على ان عمده خطاء لاحظ ما رواه محمدبن مسلم(*٢) فان مقتضى الحديث ان عمده في حكم خطائه من حيث عدم ترتب الاثر ، ومن الظاهر ان الانشاء الصادر عن الخطأ غير مؤثر ومما ذكرنا علم ما في كلام الماتن من الاشكال .

١)قد تقدم ان اذن الولي أو الحاكم لاأثر له فلايترتب على انشاء غيرالبالغ الاثر المرغوب فيه .

٢) فان المقتضي تام بلا مانع .

---

١) لاحظ ص : ٣٣٩

٢) لاحظ ص : ٣٣٩

الوصية[١] وتجوز الوصاية اليه منضماً الى الكامل سواء اراد ان لايتصرف الكامل الا بعد بلوغ الصبي ام اراد أن يتصرف منفرداً قبل بلوغ الصبي[٢] لكن في الصورة الاولى اذا كان عليه تصرفات فورية كوفاء دين ونحوه يتولى ذلك الحاكم الشرعي[٣].

(الثاني): العقل فلاتصح الوصية الى المجنون في حال جنونه[٤]

---

١) قد ظهر مما ذكرناه ان اذن الولي لاأثر له .

٢) اذ لامانع من الوصاية الى المتعدد وقد دلت عليه النصوص منها مارواه محمد بن الحسن الصفار قال كتبت الي أبي محمد عليه السلام : رجل كان أوصى الى رجلين أيجوز لأحدهما ان ينفرد بنصف التركة والاخر بالنصف ؟ فوقّع عليه السلام: لاينبغي لهما ان يخالفا الميت وان يعملا على حسب ماامرهما انشاءالله(*١) فلا مانع من الانضمام غاية الأمر يشترط نفوذ عمل الصبي ببلوغه ، فلاحظ .

٣) فان الحاكم الشرعي له التصدي في مثل هذه الامور وحيث ان الوصاية قبل بلوغ الصبي لاأثر لها، والمفروض لزوم العمل فالحاكم يتصدي للأمر لكونه داخلا في الامور الحسبية التي امرها راجع الى الحاكم الشرعي .

٤) قال في الجواهر (*٢) : « لايصح الايصاء الى المجنون مطبقاً أوادواراً لعدم صحة تصرفاته وعدم صلوحه للوكالة فضلا عن الوصاية التي هي اعظم منها» الـخ .

والذي يمكن أن يقال في المقام : ان المجنون تارة لاتميز له ولا قصد له فلا تصح الوصية اليه وكذلك اذا لم يكن رشيداً في معاملاته، وأما اذا كان قابلا للقصد والتميز وكان رشيداً في معاملاته فان تم اجماع تعبدي على عدم صحة جعله وصياً

---

١) الوسائل الباب ٥١ من أحكام الوصايا الحديث : ١

٢) ج ٢٨ ص : ٣٩٢

سواء أكان مطبقاً ام ادوارياً[١] واذا أوصى اليه في حال العقل ثم جن بطلت الوصاية اليه وإذا افاق بعد ذلك عادت على الاظهر[٢] وأما اذا نص الموصي على عودها فلااشكال[٣]

(الثالث) : الاسلام اذا كان الموصى مسلماً على المشهور وفيه

فهووالا فلقائل أن يقول : اي مانع لجعله وصياً كما انه لوقلنا بأنه لايصح توكيله نلتزم بعدم صحة الايصاء اليه للاولوية كما مرفي كلام صاحب الجواهرقدس سره.

وايضاً يمكن أن يقال : بأنه لو ثبت رفع القلم عن المجنون على الاطلاق لايكون توكيله ولا الايصاء اليه صحيحاً اذ مع عدم الزامه بشيىء كيف يمكن الالتزام بصحة تصرفاته كما لو باع دار موكله مع عدم الزامه بالاقباض ؟ .

الا أن يقال: ان الضرورات تقدر بقدرها ولاتنافي بين صحة بيعه وعدم وجوب اقباضه لرفع القلم والالزام عنه كما أن الجزم باشتراط الرشد محل الاشكال والكلام .

١) اذ المفروض كون الجنون مانعاً فلا فرق بين قسميه .

٢) لايخفى ان الاهمال محال في الواقع وعليه نقول : ان جعل الوصاية اذا كان شاملا لمابعد الافاقة فالمقتضي لتحقق الوصاية تام ولا مانع ولا مجال لأن يقال انه لامقتضي للعود فالأظهر العود وأما مع عدم شمول الجعل لما بعدالافاقة فلامقتضي للعود كما هو ظاهر .

ثم انه وردت رواية في المقام عن علي عليه السلام ولا يزيل الوصي عن الوصية ذهاب عقل أو ارتداد أوخيانة أو ترك سنة (*١) الخ لكن الرواية لضعف سندها لاتكون قابلة للاستناد اليها .

٣) كما هو ظاهر .

---

١) جواهر الكلام ج ٢٨ ص : ٣٩٣

اشكال[1].

---

١) ما قيل في مقام الاستدلال على المدعى امور: الاول قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا(*١) بتقريب ان هذا نحو سبيل على المؤمن للكافر وقد نفي شرعاً.

ويرد عليه اولا: انـه يلزم انه لو استأجر الكافر المسلم لعمل تكون الاجارة باطلة وهو كما ترى وثانياً يمكن أن يقال: بأن السبيل المنفي راجع الى الاخرة بل الظاهر ان الامر كذلك اذ المستفاد من الاية ان الحكومة والقضاوة بين المتخاصمين اذا كان يوم القيامة يكون الحاكم في ذلك اليوم هـو الله، فيكون السبيل المنفي للكافر في ذلك اليوم.

وذكر السيد البجنوردي (قدس سره) حديثاً (* ٢) عـن الطبري في تفسيره عن ابن ركيع باسناده عن علي عليه السلام قال رجل: يا أمير المؤمنين أرأيت قول الله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وهـم يقاتلوننا فيظهرون ويقتلون قال له علي عليه السلام ادنه ثم قال عليه السلام فالله يحكم بينهم يوم القيامة ولـن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا يوم القيامة، يؤيد ما ذكرنا.

وثالثاً: ان المناسبة بين الحكم والموضوع تقتضي أن يكون المراد من السبيل الحجة في الأمر الديني ورابعـاً: ان السبيل هو السلطنة ولا سبيل للوصي على الموصي.

الأمر الثاني: «قوله تعالى لا يتخذ المؤمنون الكافرين اولياء من دون المؤمنين(*٣) بتقريب ان جعل الكافر وصياً جعله ولياً وفيه اولا: يرد عليه النقض المذكور وثانياً ان جعله وصياً بعد الموت ليس جعله ولياً وثالثاً: النهي التكليفي لا يقتضي الفساد

---

١) النساء/١٤١

٢) ج ١ من القواعد الفقهية ص: ١٥٨

٣) آل عمران/٢٨

(مسألة ٢) : الظاهر عـدم اعتبار العدالة في الوصي بل يكفي الوثوق والامانة هـذا في الحقوق الراجعة الى غيره كاداء الحقوق الواجبة والتصرف في مال الايتام ونحو ذلك[1] أما ما يرجع الى نفسه كما اذا اوصى اليه في أن يصرف ثلثه في الخيرات والقربات ففي اعتبار الوثوق به

الوضعي .

الامر الثالث : الاجماع ، وفيه ان تمامية الاجماع التعبدي الكاشف في غاية الاشكال ، فالحق هو الجواز .

١) نسب الى جماعة من الاعيان اشتراط صحة الوصية بعدالة الوصي واستدل على المدعى بامور : الأمر الاول : انه لو لم يكن عادلا لايجوز الركون اليه لقوله تعالى «ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار » (* ١) .

ويرد عليه اولا : ان الوصاية ليست ركوناً فان الظاهر من الاية الكريمة المنع من جعل الظالم ركناً وعماداً كالركون الى الامام الفاسق ويؤيد المدعى ما عـن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل ولاتركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار» قال: هو الرجل يأتي السلطان فيحب بقائه الى أن يدخل يده كيسه فيعطيه(*٢)

وثانياً : انه يلزم حرمة استيجار الفاسق ومن الظاهر فساد هذه الدعوى وثالثاً ان الظاهر من الآية الشريفة الظالم للغير والفاسق اعم منه فان الفاسق وان كان ظالماً لنفسه لكن الظاهر من هذا اللفظ في المحاورات هو القسم الخاص منه وهو الظالم للغير ورابعاً : ان النهي التكليفي لايستلزم الفساد الوضعي .

---

١) هود/١١٣

٢) تفسير نور الثقلين ج ـ ٢ ص : ٤٠٠ الحديث : ٢٣٠

. . . .

الامر الثاني: ان الوصاية استيمان على مال الغير والفاسق ليس اهلا للاستيمان ويرد عليه اولا : انه يكفي كونه موثقاً به واما اشتراط العدالة فلا وثانياً انه يمكن جعل الناظر عليه .

الامر الثالث : ان مال الموصي ينتقل الى الغير بموته فلا يجوز استيمان الفاسق .

ويرد عليه : أن الاستيمان يتم مع الوثوق كما مر فلا تشترط العدالة .

الامر الرابع: انه يشترط في وكيل الوكيل العدالة فتشترط في الوصي بالاولوية لأن تقصير الوكيل يجبر بنظر الوكيل والموكل بخلاف الوصي .

وفيه انه لا تشترط العدالة في وكيل الوكيل فان الموكل اذا اذن للوكيل توكيل الغير يجوز والا فلا وبعبارة اخرى : الامر بيد الموكل في أصل التوكيل وفي قيوده ، مضافاً الى أنه يمكن تثبيت الأمر بجعل الناظر .

الأمر الخامس : النصوص الواردة بالنسبة الى من مات وله اموال وورثة صغار ولا وصي له حيث اشترطت العدالة في تلك النصوص للمتولي :

منها : مارواه علي بن رئاب قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك اولاداً صغاراً، وترك مماليك له غلماناً وجواري ولم يوص فماترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها ام ولد؟ وما ترى في بيعهم فقال : ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم كان مأجوراً فيهم ، قلت فما ترى فيمن يشتري منهم الجاريه فيتخذها ام ولد ؟ قال : لابأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم ، وليس لهم أن يرجعوا اعما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم (* ١) .

---

١) الوسائل الباب ٨٨ من احكام الوصايا الحديث : ١

اشكال[1].

(مسألة ٣) : اذا ارتد الوصي بطلت وصايته بناء على اعتبار الاسلام في الوصي[2]

ومنها: مارواه سماعة قال: سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية، وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث قال : ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس (* ١) .

ومنها : ما رواه اسماعيل بن سعد ، قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك اولاداً ذكراناً وغلماناً صغاراً ، وترك جواري ومماليك ، هل يستقيم أن تباع الجواري ؟ قال : نعم ، وعن الرجل يصحب الرجل في سفر فيحدث به حدث الموت ، ولا يدرك الوصية كيف يصنع بمتاعه وله اولاد صغار وكبار ، أيجوز أن يدفع متاعه ودوابه الى ولده الأكابر أو الى القاضي وان كان في بلدة ليس فيها قاض كيف يصنع ؟ وان كان دفع المتاع الى الأكابر ولم يعلم فذهب فلم يقدر على رده كيف يصنع ؟ قال : اذا أدرك الصغار وطلبوا لم يجد بدأ من اخراجه الا أن يكون بأمر السلطان الحديث (* ٢) .

وتلك النصوص وانكانت خارجة عن المقام لكن فيها أشعار بأنه لابد في التولي في أمر الصغير أن يكون المتولي عادلا هكذا في الجواهر ويرد عليه : انه ليس في تلك النصوص ذكر من العدالة والمذكور في الحديث الثاني من الباب عنوان الوثاقة .

١) لعدم المقتضي للاشتراط كما يظهر بأدني تأمل .

٢) كما هو ظاهر فانه على القول باشتراط الاسلام في الوصي لاتبقى الوصية

---

١) الوسائل الباب ٨٨ من احكام الوصايا الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٨٨ من أحكام الوصايا الحديث : ٣

ولاتعود اليه اذا اسلم[١] الا اذا نص الموصي على عودها[٢].

(مسألة ٤) : اذا أوصى الى عادل ففسق فان ظهر من القرينة التقييد بالعدالة بطلت الوصية وان لم يظهر من القرينة التقييد بالعدالة لم تبطل وكذا الحكم اذا أوصي الى الثقة[٣].

(مسألة ٥) : لاتجوز الوصية الى المملوك الاباذن سيده[٤] او معلقة علي حريته[٥].

بحالها بعد زوال الشرط .

١) لعدم المقتضي للعود .

٢) لم افهم الفرق بين هذه المسئلة وما مر من أنه لو عرض الجنون ثم أفاق حيث ان الماتن قال هناك: « عادت على الأظهر » وفي المقام علق العود على التصريح به وكيف كان لافرق بين المقامين ثبوتاً والعود وعدمه دائران مدار الجعل وعدمه والظهور في مقام الاثبات متبع .

٣) ما أفاده على طبق القاعدة الأولية .

٤) اذ لاأمر له مع سيده وزمامه بيد مولاه ويؤيد المدعى ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج (* ١) بتقريب : ان عدم جواز جعله وصياً يستفاد من عدم جواز وصيته .

٥) اذ التعليق على ما يتوقف عليه صحة العقد أو الايقاع لادليل على بطلانه فلا مانع منه ، وفي المقام فروع واقوال اغمضنا النظر عن التعرض لها لعدم كون اصل المسئلة محل الابتلاء كما هو ظاهر .

---

١) لاحظ ص : ٣٤٥

(مسألة ٦) : تجوز الوصاية الى المرأة(١) على كراهة(٢) والاعمى(٣) والوارث(٤).

١) لاطلاق الدليل وقيام السيرة بلا نكير فان السيرة جارية على جعل الأب ام اطفاله قيماً عليهم ويؤيد المدعى ما رواه علي بن يقطين قال: سألت أباالحسن عليه السلام عن رجل أوصى الى امرأة وشرك في الوصية معها صبياً، فقال : يجوز ذلك وتمضي المرأة الوصية ، ولا تنتظر بلوغ الصبي ، فاذا بلغ الصبي فليس له أن لايرضى الاماكان من تبديل أو تغيير فان له أن يرده الى ما أوصى به الميت(*١) وانما عبرنا بالتأييد لضعف السند بالعبيدي .

٢) استفيدت الكراهة من حديث السكوني ، عن جعفر بن محمد ، عن ابيه، عن آبائه ، عن علي عليهم السلام قال : المرأة لايوصى اليها لأن الله عزوجل يقول «ولا تؤتوا السفهاء اموالكم » (*٢) وهذه الرواية ضعية لضعف اسناد الصدوق قدس سره الى السكوني على ما ذكره الحاجياني .

ولا يخفى : ان المستفاد من الحديث عدم الصحة فتكون الرواية معارضة لما يدل على الصحة وحمل الفساد على الكراهة بلاوجه .

نعم لابأس بحملها على التقية لأنه مذهب اكثر اهل الخلاف حسب نقل صاحب الوسائل عن الشيخ .

٣) لاطلاق الدليل وعدم تقييد للاطلاق وما نقل عن بعض العامة من عدم الجواز، مردود .

٤) بلا اشكال وعليه السيرة القطعية فان رسول الله صلى الله عليه وآله أوصى الى علي عليه السلام وهو سلام الله عليه أوصى الى الحسن عليه السلام وفاطمة عليها

---

١) الوسائل الباب ٥٠ من احكام الوصايا الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٥٣ من احكام الوصايا الحديث : ١

(مسألة ٧) : اذا اوصى الى الصبي والبالغ فمات الصبي قبل بلوغه او بلغ مجنوناً ففي جواز انفراد البالغ بالوصية قولان احوطهما الرجوع الى الحاكم الشرعي فيضم اليه آخر[1].

(مسألة ٨) : يجوز جعل الوصاية الى اثنين اواكثر على نحو الانضمام وعلى نحو الاستقلال[2] فان نص على الاول فليس لاحدهما الاستقلال بالتصرف لا في جميع ما أوصى به ولا في بعضه[3] واذا عرض لاحدهما ما يوجب سقوطه عن الوصاية من موت ونحوه ضم الحاكم

السلام اوصت الى علي عليه السلام فلاريب في المسألة .

١) ان استفيد من ايصاء الموصي اشتراط التصرف بالانضمام فالمتعين الرجوع الى الحاكم كـي يضم اليه آخر والا فالظاهـر جواز الانفراد اذ المفروض تحقق الايصاء اليه ومادام لـم يبلغ الصبي لايكون له شريك فلو فرض موته أو بلوغه مجنوناً يجوز للوصي أن ينفرد بالتصدي اذ المفروض عدم تحقق موضوع الاشتراك فلاحظ .

ويمكن أن يقال: ان في صورة الاشتراك والايصاء الى المتعدد لايجوز للحاكم ضم احد الى الوصي اذ المفروض ان الموضوع هو المركب والمجموع وقد فرض انتفائه بانتفاء احدهما فتصل النوبة الى الحاكم لأن المورد من الامور الحسبية .

٢) لاطلاق دليل اعتبـار الوصية ، مضافاً الـى النص الخاص الوارد في المقام (*١) .

٣)كما هو ظاهر لأن جواز التصرف يدور مـدار شمول الوصية فالأمر كما أفاده .

---

١) لاحظ ص : ٣٩٤

آخر الى الاخر [1] وان نص على الثاني جاز لاحدهما الاستقلال [2] وايهما سبق نفذ تصرفه [3] وان اقترنا في التصرف مع تنافي التصرفين بأن باع احدهما على زيد والاخر على عمرو في زمان واحد بطلا معاً [4] ولهما ان يقتسما الثلث بالسوية وبغير السوية [5] واذا سقط احدهما عن الوصاية انفرد الاخر ولم يضم اليه الحاكم آخر [6] واذا اطلق الوصاية اليهما ولم ينص على الانضمام والاستقلال جرى حكم الانضمام [7] الا اذا كانت قرينـة على الانفراد كما اذا قال : وصيي فلان وفلان

---

١) اذ المفروض ان الموصي قيد التصرف على نحو الاشتراك فتصل النوبة الى الحاكم وهو يضم الى آخر الاخر ، وقد مر قريباً الاشكال فيه ، فلاحظ .

٢) كما هو ظاهر فان زمام الامر توسعة وتضييقاً بيد الموصي .

٣) كما هو ظاهر لصدوره من اهله ووقوعه في محله .

٤) لعدم امكان صحتهما ولا مقتضي لترجيح لاحدهما على الاخر .

٥) اذ المفروض استقلال كل منهما بالتصرف فلكل منهما التصرف في كل جزء من الثلث .

٦) اذ المفروض ان كل واحد اوصي اليه بنحو الاستقلال ، فلا وجه للضم .

٧) لعدم ثبوت الوصاية بنحو الاستقلال والأصل العملي يقتضي عدمها فلابد من الاقتصار على المقدار المعلوم وهو الانضمام ان قلت : كما ان مقتضى الاصل عـدم جعل الاستقلال كذلـك مقتضاه عدم جعل الانضمام قلت : نعم ولكن العمل الخارجي والتصرف فيما يتعلـق بالميت اذا تحقق بنحو الانضمام يكـون مورد الامضاء قطعاً وأما غيره فلا دليل على جوازه وصحته ، فلاحظ .

وصفوة القول : ان اللازم رعاية ما أوصى بـه الموصي وعدم التخلف عما

فاذا ما تاكان الوصي فلاناً فانه اذا مات احدهما استقل الباقي ولم يحتج الى أن يضم اليه آخر[1] وكذا الحكم في ولاية الوقف[2].

(مسألة ٩) : اذا قال زيد وصيي فان مات فعمرو وصيي صح ويكونان وصيين مترتبين وكذا يصح اذا قال وصيي زيد فان بلغ ولدي

جعله ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه محمد بن الحسن الصفار (* ١)

وربما يقال: بأنه يعارضه ما رواه بريد بن معاوية قال: ان رجلا مات واوصى الي والى آخر والى رجلين ، فقال احدهما : خذ نصف ما ترك واعطني النصف مما ترك فأبى عليه الاخر ، فسألوا أبا عبدالله عليه السلام عن ذلك فقال : ذلك له (* ٢) .

بتقريب ان المشار اليه باسم الأشارة ارادة التقسيم فيقع التعارض بين الخبرين اذ مفاد الخبر الاول عدم الجواز مع جعل الوصاية على نحو الاطلاق ومفاد الخبر الثاني جوازه، فنقول على فرض التعارض يكون المرجح مع الاول لكونه أحدث بل يمكن أن يكون الخبر الاول موافقاً للكتاب اذ المستفاد من الكتاب عدم جواز تبديل الوصية ومع عدم رعاية الاجتماع يحتمل أن يكون تبديلا للوصية ومقتضى اصالة عدم جعل الاستقلال ان التصدي لايكون بنحو الاستقلال .

وان شئت قلت : ان مقتضى الكتاب وجوب رعاية الوصية والخبر الاول ايضاً مفاده كذلك ، مضافاً الى الاشكال في السند فان داود بن أبي يزيد لم يوثق.

١) كما هو ظاهر اذ المفروض عدم لحاظ الموصي الانضمام .

٢) لعين الملاك .

---

١) لاحظ ص : ٣٩٤

٢) الوسائل الباب ٥١ من أحكام الوصايا الحديث : ٣

فهو الوصي[١].

(مسألة ١٠) : يجوز أن يوصي الى وصيين أو اكثر ويجعل الوصاية الى كل واحد في أمر بعينه لا يشاركه فيه الاخر[٢].

(مسألة ١١) : اذا أوصى الى اثنين بشرط الانضمام فتشاحا لاختلاف نظرهما فان لم يكن مانع لاحدهما بعينه من الانضمام الى الاخر أجبره الحاكم على ذلك وان لم يكن مانع لكل منهما من الانضمام اجبرهما عليه وان كان لكل منهما مانع انضم الحاكم الى احدهما ونفذ تصرفه دون الاخر[٣].

(مسألة ١٢): اذا قال اوصيت بكذا وكذا وجعلت الوصي فلاناً ان استمر على طلب العلم مثلا صح وكان فلان وصياً اذا استمر على

---

١) لاطلاق ادلة الوصية ان قلت: أليست الوصية لعمرو بنحو التعليق؟ والتعليق يوجب البطلان قلت : المدرك لبطلان التعليق هو الاجماع فاذا لم يشمل معقد الاجماع المقام فلا مانع منه بعد شمول اطلاق دليل الوصية ، فلاحظ .

٢) لاطلاق دليل نفوذ الوصية ، وان شئت قلت : المقتضي للصحة موجود والمانع مفقود .

٣) الذي يختلج بالبال أن يقال في هذا المقام انه تارة يكون اختلاف النظر ناشياً من سبب شرعي بأن يرى كل منهما نظر الاخر خلاف الميزان الشرعي واخرى يكون ناشياً من سبب خارجي فان كان الاختلاف من القسم الاول فلا مناص من انضمام الحاكم الى احدهما وتنفيذ نظره وان كان من القسم الثاني فعلى الحاكم أن يجبرهما على أمر واحد ، وان كان سبب الاختلاف مختلفاً بأن يكون احدهما

طلب العلم[١] فان انصرف عنه بطلت وصايته[٢] وتولى تنفيذ وصيته الحاكم الشرعي[٣].

(مسألة ١٣): اذا عجز الوصي عن تنفيذ الوصية ضم اليه الحاكم من يساعده[٤] واذا ظهرت منه الخيانة ضم اليه اميناً يمنعه عن الخيانة[٥] فان لم يمكن عزله ونصب غيره[٦].

ناظراً الى جهة شرعية دون الاخر أجبر الاخر على الانضمام.

وقد مر انه مع الوصاية الى المجموع تبطل الوصاية في صورة عدم امكان الاجتماع فتصل النوبة الى دخالة الحاكم الذي يكون مرجعاً للامور العامة.

الا أن يقال: ان مطلوب الموصي متعدد فاذا لم يمكن اجتماع المطلوبين يلزم التحفظ على احدهما، فلابد من ان الحاكم أن يضم اليه الاخر وعلى هذا الاساس لابد من ملاحظة كلام الموصي واستفادة مراده من كلامه، والله العالم.

١) لاطلاق دليل الوصية وزمام الامر بيد الموصي فله أن يجعل الوصاية كيف اراد.

٢) لفقدان الشرط والعنوان المقوم لبقاء الوصاية.

٣) اذ المفروض انه لاوصي له والحاكم له الولاية بالنسبة الى الامور العامة وهذا منها.

٤) اذ المفروض ان الحاكم ولي في الامور التي لاولي لها ويمكن أن يقال ان الوصاية تبطل بعجز الوصي فلامجال للضم.

٥) فانه من شئون الولاية العامة.

٦) ربما يقال: لاوجه للعزل بل غايته المنع عن التصرفات ولكن يمكن أن يقال: ان دائرة جعل الوصاية اما لاتشمل الخائن واما تشمل أما على الاول فلاموضوع

(مسألة ١٤) : اذا مات الوصى قبل تنجيز تمام ما اوصى اليه به نصب الحاكم الشرعي وصياً لتنفيذه [١] وكذا اذا مات فى حياة الموصى ولم يعلم بذلك اوعلم ولم ينصب غيره ولم يكن مـا يدل على عدوله عن اصل الوصية [٢] وليس للوصى ان يوصى الى احد فى تنفيذ ما اوصى اليه به الا ان يكون مأذوناً مـن الموصى في الايصاء

للعزل كما هو ظاهر وأما على الثاني فمـع بقاء كونه وصياً لامجال لتصدي غيره فلابد من عزله كي يتصدي غيره للأمر .

ولكن يمكن أن يقال : ان للحاكم منعه عن التصرف ومنـع الحاكم كمنع الموصي ومع منع الحاكم ليس له حق التصرف وتظهر النتيجة انه لو تاب وعدل الى سواء الطريق وندم عن خيانته يكون باقياً على وصايته .

ان قلت : ان الموصي لايرضى بخيانة الوصي قلت : الامر النفساني لايغير متعلق الجعل والانشاء ولنا أن نقول ان القرينة المقامية مانعة عـن جعل الوصاية على الاطلاق وبعبارة اخرى: يمكن أن يقال: ان الموصي بارتكازه النفساني يجعل الوصاية للوصي مادام لايكون خائناً .

اللهم الا أن يقال: ان الاطلاق عبارة عن رفض القيود لاالجمع بينها ، فمقتضى الاطلاق استمرار الجعل وعـدم التقييد والأمر النفساني والدواعي النفسية لاتؤثر في توسعة الجعل ، فلاحظ لكن لو قلنا بأن الارتكاز يوجب التقييد لابد من رفع اليد عن الاطلاق فان الارتكاز المذكور مانـع عن تحقق الاطلاق .

١) اذ المفروض ان الوصي مات فلابد من دخالة ولي الأمر وهو الحاكم .

٢) لعين الملاك وفي المقام شبهة وهي ان الوصاية اذا كانت الى شخص خاص فبموته تنتفى الوصاية والوصية ، الا أن يعلم من حال الموصي ان وصيته ليست دائرة مدار وجود الوصي وبعبارة اخرى: اطلاق الوصية وبقائها حتى بعد فوت

الى غيره[1].

(مسألة ١٥) : الوصي امين لا يضمن الا بالتعدي أو التفريط [2] ويكفي في الضمان حصول الخيانة بالاضافة الى ضمان موردها[3] اما الضمان بالنسبة الى الموارد الاخر مما لم يتحقق فيها الخيانة ففيه اشكال بل الاظهر العدم[4].

(مسألة ١٦): اذا عين الموصي للوصي عملاً خاصاً أو قدراً خاصاً أو كيفية خاصة وجب الاقتصار على ما عين ولم يجز له التعدي فان تعدى كان خائناً واذا أطلق له التصرف بأن قال له : اخرج ثلثي وانفقه عمل بنظره ولابد من ملاحظة مصلحة الميت فلا يجوز له أن يتصرف كيف شاء وان لم يكن صلاحاً للميت أو كان غيره أصلح مع تيسر فعله على النحو المتعارف ويختلف ذلك باختلاف الاموات فربما يكون الاصلح اداء العبادات الاحتياطية عنه وربما يكون الاصلح اداء الحقوق المالية الاحتياطية وربما يكون الاصلح اداء حق بعينه احتياطي دون

الوصي يحتاج الى دليل .

١) اذ ليس له هذا الحق الا مع الاذن من الموصي وبعبارة اخرى : زمام الامر بيد الموصي لا بيد الوصي وتفويض الامر الى الغير يتوقف على الدليل وحيث ليس فليس .

٢) لأنه مأذون في التصرف ولا موجب لضمانه مادام لا يكون خائناً .

٣) كما هو ظاهر .

٤) اذ المفروض بقاء اذنه في التصرف فملاك عدم الضمان موجود فلا يضمن.

غيره او اداء الصلاة عنه دون الصوم وربما يكون الاصلح فعل القربات والصدقات وكسوة العراة ومداواة المرضى ونحو ذلك . هذا اذا لم يكن تعارف يكون قرينة على تعيين مصرف بعينه والا كان عليه العمل[1].

(مسألة ١٧) : اذا قال انت وصيي ولم يعين شيئاً ولم يعرف المراد منه وانه تجهيزه اوصرف ثلثه اوشئون اخرى كان لغواً[2] الا اذا كان تعارف يكون قرينة على تعيين المراد كما يتعارف في كثير من بلدان العراق انه وصى في اخراج الثلث وصرفه في مصلحة الموصى واداء الحقوق التي عليه واخذ الحقوق التي له ورد الامانات والبضائع الى اهلها واخذها[3] نعم في شموله للقيمومة على القاصرين من اولاده

---

١) كما هو ظاهر واضح فان زمام الامر بيد الموصي وما أفاده في هذا الفرع على طبق القاعدة وليس مورداً للبحث وعلى الجملة لابد من العمل بما أوصى به الموصي اطلاقاً وتقييداً فلابد من رعايـة الصلاح والأصلح ان قلت : ما المانع من الاخذ بالاطلاق وعدم الرعاية ؟ .

قلت : المناسبة بين الحكم والموضوع تمنع عن الأطلاق ، وان شئت قلت العرف لايفهم من كلام الموصي الا العمل بما هو أصلح ولا اقل عن عدم الجزم بالاطلاق

٢) الذي يختلج بالبال ان الوجه في كونه لغواً ان الوصية من الامور الانشائية والانشاء متقوم بالأبراز فمع فرض عدم الابـراز لابالصراحة ولا بالاشارة لامطلقاً ولا مقيداً يكون لغواً وبعبارة اخرى : مـادام لايفهم العرف من كلام المتكلم شيئاً لايترتب عليه اثر ، فلاحظ .

٣) فان التعارف قرينة على المراد بحسب المتفاهم العرفي .

اشكال والاحوط أن لا يتصدى لامورهم الا بعد مراجعة الحاكم الشرعي وعدم نصب الحاكم الشرعي غيره الا باذن منه[١].

(مسألة ١٨) : يجوز للموصى اليه أن يرد الوصية في حال حياة الموصي بشرط أن يبلغه الرد[٢] بل الاحوط اعتبار امكان نصب غيره له ايضاً[٣] ولا يجوز له الرد بعد موت الموصي[٤] سواء قبلها قبل الرد أم لم يقبلها[٥] والرد السابق على الوصية لا اثر له فلو قال زيد لعمرو لا اقبل أن توصي الي فأوصى عمرو اليه لزمته الوصية الا ان يردها بعد ذلك[٦] ولو أوصى اليه فرد الوصية فاوصى اليه ثانياً ولم يردها

---

١) اذا فرض شمول الوصاية له ولو بالقرينة العامة يؤخذ بها ، ولم اعرف وجه التفصيل ولعل الماتن ناظر الى مستند صحيح ، والله العالم .

٢) للنص الخاص لاحظ ما رواه منصور بن حازم (* ١) بدعوى ان العرف يفهم من الحديث ان الوجه في عدم جواز الرد في حال الغيبة عدم امكان وصول الرد الى الموصي فتأمل .

٣) فانه لايبعد أن يستفاد المدعى من حديثي فضيل بن يسار ومنصور بن حازم (* ٢) .

٤) كما يستفاد من النصوص الواردة في المقام فان المستفاد منها ان جواز الرد منحصر بصورة وصوله الى الموصي وامكان جعل بدل له ، فلاحظ .

٥) للاطلاق المستفاد من النص .

٦) لعدم دليل على تأثيره والميزان بحال تحقق الوصية حسب النصوص .

(* ١) لاحظ ص : ٣٢٦

(* ٢) لاحظ ص : ٣٢٥ و٣٢٦

ثانياً لجهله بها ففي لزومها له قول ولكنه لا يخلو من اشكال بل الاظهر خلافه[١].

(مسألة ١٩) : اذا رأى الوصى ان تفويض الامر الى شخص في بعض الامور الموصى بها أصلح للميت جاز له تفويض الامر اليه كأن يفوض امر العبادات التي أوصى بها الى من له خبرة في الاستنابة في العبادات ويفوض امر العمارات التى أوصى بها الى من له خبرة فيها ويفوض امر الكفارات التي اوصى بها الى من له خبرة بالفقراء وكيفية القسمة عليهم وهكذا وربما يفوض الامر في جميع ذلك الى شخص واحد اذا كان له خبرة في جميعها وقد لا يكون الموصي قد أوصى بامور معينة بل أوصى بصرف ثلثه في مصالحه وأوكل تعيين المصرف كما وكيفاً الى نظره فيرى الوصي من هو اعرف منه في تعيين جهات المصرف وكيفيتها فيوكل الامر اليه فيدفع الثلث اليه بتمامه ويفوض اليه تعيين الجهات كما وكيفاً كما يتعارف ذلك عند كثير من الاوصياء حيث يدفعون الثلث الموصى به الى المجتهد الموثوق به عندهم فالوصاية الى شخص ولاية في التصرف ولو بواسطة التفويض الى الغير فلا بأس أن يفوض الوصي أمر الوصية الى غيره[٢]

---

١) الأمر كما أفاده فان العرف يفهم من النصوص الواردة ان الوصية لو وردت على ما هو المقرر فلا أثر لها بعده ولو جددت من قبل الموصي وان شئت قلت : ان دليل النفوذ منصرف عن الصورة المفروضة ولكن مع ذلك في النفس شيء .

٢) الأمر كما أفاده فان الامر مفوض الى الوصي فله أن يعمل على طبق نظره

الاأن تقوم القرينة على ارادة الموصي منه المباشرة فلايجوز له حينئذ التفويض[١] كما انـه لايجوز تفويض الوصاية الى غيره بمعنى عزل نفسه عن الوصاية وجعلها له فيكون غيره وصياً عن الميت بجعل منه[٢].

(مسألة ٢٠) : اذا بطلت وصاية الوصي لفوات شرطها نصب الحاكم الشرعي وصياً مكانه أو تولى الصرف بنفسه وكذا اذا أوصى ولم يعين وصياً اصلا[٣]

والميزان الكلي ان لايخون في مقام العمل ويمكن الاستدلال على المدعى بمارواه جعفر بن عيسى قال: كتبت الى أبـي الحسن عليه السلام في رجل أوصى ببعض ثلثه من بعد موته من غلة ضيعة له الى وصيه يضعه في مواضع سماها له معلومة في كل سنة ، والباقي من الثلث يعمل فيه بماشاء ورأي الوصي فانفذ الوصي ماأوصى اليه من المسمى المعلوم ، وقال في الباقي : قد صيرت لفلان كذا ولفلان كذا في كل سنة، وفي الحج كذا ، وفي الصدقة كذا في كل سنة ، ثم بداله في ذلك، فقال قد شئت الاول ، ورأيت خلاف مشيتي الأولى ورأيى أله أن يرجع فيه يصير ما صير لغيرهم أو ينقصهم أو يدخل معهم غيرهم ان اراد ذلك ؟ فكتب عليه السلام: له أن يفعل ما شاء « يشاء خ ل » الا أن يكون كتب كتاباً على نفسه (* ١) .

١) كما هو ظاهر فان مرجعه تضييق دائرة سلطة الوصي .

٢) لعدم دليل على الجواز اذ لادليل على جواز عزله ونصب غيره .

٣) اذالمورد من الأمور العامة التي زمامها بيد الحاكم الشرعي فعليه التصدي بنفسه او تعيين شخص وصياً مكان الفاقد للشرط كما ان الامر كذلك فيمـا لم يعين الموصي وصياً .

---

١) الوسائل الباب ٩٥ من أحكام الوصايا الحديث : ١

(مسألة ٢١): اذا نسي الوصي مصرف المال الموصى به وعجز عن معرفته صرفه في وجوه البر التي يحتمل أن تكون مصرف المال الموصى به اذا كان التردد بين غير المحصور اما اذا تردد بين محصور ففيه اشكال ولا يبعد الرجوع الى القرعة في تعيينه[1].

وأما حديث سماعة (* ١) وحديث محمد بن اسماعيل بزيع ـ قال : مات رجل من اصحابنا ولم يوص فرفع امره الى قاضي الكوفة فصير عبدالحميد القيم بماله ، وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري ، فباع عبدالحميد المتاع فلما اراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن اذ لم يكن الميت صير اليه وصيته وكان قيامه فيها بامر القاضي لأنهن فروج قال : فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام قلت له: يموت الرجل من اصحابنا، ولا يوصي الى احد، ويخلف جواري فيقيم القاضي رجلا منا فيبيعهن ، او قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لانهن فروج فما ترى في ذلك ؟ قال : فقال: اذا كان القيم به مثلك «او . يب» ومثل عبدالحميد فلا بأس (* ٢) ـ فلا يرتبطان بالمقام .

١) لم أفهم وجه الفرق بين المحصور وغير المحصور اذ الظاهر ان المراد بغير المحصور ما يكون اطرافه كثيرة وعليه يكون مقتضى القاعدة الرجوع الى القرعة وتعيين التكليف بها بناء على عموم دليلها واجرائها في الشبهات الموضوعية وأما صرفه في الوجوه التي يحتمل أن تكون مصرفاً لمورد الوصية فالظاهر ان الوجه فيه ان الأمر دائر بين الامتثال الاحتمالي وترك الواجب من أصله والعقل حاكم على الأخذ بالامتثال الاحتمالي ، لكن مع جواز الرجوع الى القرعة لايبقى مجال لهذا البيان .

---

١) لاحظ ص : ٣٩٩

٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث : ٢

. . . .

وأما مكاتبة محمد بن الريان ـ قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام اسأله عن انسان اوصى بوصية فلم يحفظ الوصي الا باباً واحداً منها ، كيف يصنع في الباقي ؟ فوقع : الأبواب الباقية اجعلها في البر (* ١) فهي ضعيفة بسهل .

ان قلت : اذا كان الرجوع الى القرعة جايزاً يلزم جواز الرجوع اليها في جميع موارد العلم الاجمالي وهو كما ترى قلت : العلم الاجمالي تارة يفرض في الشبهة الحكمية واخرى في الموضوعية .

أما الاولى فلا مجال للقرعة فان القرعة انما شرعت في الشبهة الموضوعية كما لو علم اجمالا بكون واحد من قطيع الغنم موطوئاً وأما الثانية ، فلو سدت الابواب ولم يكن طريق الى الامتثال تصل النوبة اليها ولا نتحاشى من الرجوع اليها

ويؤيد المدعى ما رواه أبو حمزة الثمالي قال: قال : ان رجلا حضرته الوفاة فأوصى الى ولده غلامي يسار هو ابني فورثوه مثل مايرث احدكم وغلامي يسار فاعتقوه فهو حر ، فذهبوا يسألونه ايما يعتق وايما يورث فاعتقل لسانه، قال: فسألوا الناس فلم يكن عند احد جواب حتى اتوا أباعبدالله عليه السلام، فعرضوا المسألة عليه قال : فقال معكم احد من نسائكم ؟ قال : فقالوا : نعم معنا اربع اخوات لنا ونحن اربعة اخوة ، قال : فاسألوهن أي الغلامين كان يدخل عليهن فيقول ابوهن لاتستترن منه ، فانما هو اخوكن ، قالوا : نعم كان الصغير يدخل علينا فيقول ابونا لاتستترن منه، فانما هو اخوكن، فكنا نظن انه انما يقول ذلك لأنه ولد في حجورنا وانا ربيناه ، قال : فيكم اهل البيت علامة ؟ قالوا : نعم ، قال : انظروا اترونها بالصغير ؟ قال : فرأوها به قال : تريدون اعلمكم امر الصغير ؟ قال : فجعل عشرة اسهم للولد ، وعشرة اسهم للعبد ، قال : ثم اسهم عشرة مرات ، قال : فوقعت

---

١) الوسائل الباب ٦١ من احكام الوصايا

(مسألة ٢٢) : يجوز للموصي أن يجعل ناظـراً على الوصي مشرفاً ومطلعاً على عمله بحيث لايجوز للوصي أن يعمل بالوصيـة الا باطلاع الناظر واشرافـه عليه فاذا عمل بدون اشرافه كان بدون اذن من الموصي وخيانة له واذا عمل باطلاعه كان مأذوناً فيه واداءاً لوظيفته[1] ولا يجب على الوصي متابعة مثل هذا الناظر في رأيه و نظره فاذا أوصى الموصي باستنابة من يصلي عنه فاستناب الوصي زيداً وكان الناظر يريد استنابة عمرو ويراها أرجح لم يقدح ذلك في صحة استنابة زيد وليس للناظر الاعتراض عليه في ذلك[2] نعم لو جعله ناظراً على الوصي بمعنى أن يكون عمل الوصي بنظره ففي المثال المذكور

على الصغير سهام الولـد ، فقال : اعتقوا هـذا وورثوا هذا (* ١) لكن الحديث وارد في الحق المالي .

وصفوة القول: انه يشكل الجزم بجريان القرعة في كل مورد على نحو الاطلاق والعموم وتفصيل الكلام موكول الى مجال آخر .

١) لاطلاق دليل الوصية والأمر بيده فيجوز له الوصاية بهذا القيد ولايجوز للوصي التخطي عما أوصى به مع قيوده فعلى تقدير التقييد يجب على الوصي العمل مطابقاً لنظر الناظر اذ متعلق الوصاية العمل على طبق نظر الناظر والا فـلا يجب المطابقة بل يعمل على طبق نظره .

٢) الأمر كما أفاده اذ المفروض ان نظر الناظر لادخل له فلا موجب لوجوب اطاعته .

---

١) الوسائل الباب ٤٣ من احكام الوصايا الحديث : ١

لاتصح استنابة زيد وتجب استنابة عمرو[١] لكن هذا المعنى خلاف ظاهر جعل الناظر على الوصي[٢] والظاهر انه اذا خان الوصي لم يجب على الناظر بما هو ناظر مدافعته في كلتا الصورتين[٣] فلو لم يدافع لم يكن ضامناً[٤] وفي الصورتين اذا مات الناظر لزم الوصي الرجوع الى الحاكم الشرعي[٥].

(مسألة ٢٣) : الوصية جائزة من طرف الموصي فاذا أوصى بشيء جاز له العدول الى غيره واذا اوصى الى احد جاز له العدول الى غيره واذا اوصى بأشياء جاز له العدول عن جميعها وعن بعضها كما يجوز له تبديل جميعها وتبديل بعضها مادام فيه الروح[٦] اذا وجدت فيه الشرائط المتقدمة

---

١) كما هو ظاهر فان المفروض ان نظر الناظر دخيل فيجب متابعته .

٢) فان الميزان الظهور العرفي فلابد من رعايته .

٣) لعدم الدليل على الوجوب ، نعم يجب عليه من باب النهي عن المنكر أو الأمر بالمعروف .

٤) لعدم دليل على الضمان .

٥) اذ المفروض ان الموصي جعل الوصاية للوصي في اطار وجود الناظر فلابد من وجود الناظر ولو بجعل من الحاكم الشرعي ويمكن تقريب المدعى بأن الموصي اراد امرين احدهما عمل الوصي ثانيهما كونه بنظر الناظر فمع موت الناظر يجب على الحاكم جعل ناظر آخر ، فلاحظ .

٦) ادعي عليه عدم الخلاف وتدل على المدعى جملة من النصوص : منها :

احاديث ابن مسكان وعبيد بن زرارة وبريد العجلي (* ١) .

ومنها : ماروواه يونس، عن بعض اصحابه قال : قال علي بن الحسين عليهما السلام للرجل ان يغير وصيته فيعتق من كان أمر بملكه ، ويملك من كان أمر بعتقه ، ويعطي من كان حرمه ، ويحرم من كان أعطاه مالم يمت (* ٢) .

ومنها : ماروواه سعيد بن يسار ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا وقال: انما ادفعه اليك ليكون ذخراً لابنتي فلانة وفلانة ، ثم بدا للشيخ بعد ما دفع اليه المال أن يأخذ منه خمسة وعشرين ومأة دينار فاشترى بها جارية لأبن ابنه ، ثم ان الشيخ هلك فوقع بين الجاريتين وبين الغلام أو احداهما فقالت ويحك والله انك لتنكح جاريتك حراماً انما اشتراها ابونا لك من مالنا الذي دفعه الى فلان ، فاشترى منها هـذه الجارية فانت تنكحها حراماً لايحل لك ، فامسك الفتى عن الجارية . فما ترى في ذلك ؟ فقال : أليس الرجل الذي دفع المال ابا الجاريتين وهو جد الغلام وهو اشترى بـه الجارية ؟ قلت : بلى ، قال : قل له : فليأت جاريته اذا كان الجد هو الذي اعطاه وهو الذي اخذه (*٣) .

ومنها : ماروواه محمد بن مسلم ، عن أبـي عبدالله عليه السلام قال : المدبر من الثلث، وقال: للرجل أن يرجع في ثلثه ان كان أوصى في صحة أو مرض(*٤)

ومنها: ما رواه هشام بن الحكم قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يدبر مملوكه أله أن يرجع فيه ؟ قال : نعم هو بمنزلة الوصية (* ٥) .

ومنها : ماروواه معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المدبر

١) لاحظ ص : ٣٣١

٢ و٣) الوسائل الباب ١٨ من أحكا الوصايا الحديث : ٢ و٥

٤) الوسائل الباب ١٩ من احكام الوصايا الحديث : ١

٥) نفس المصدر الحديث : ٣

من العقل والاختيار وغيرهما[١] واذا اوصى الى شخص ثم أوصى الى آخر ولم يخبر الوصي الاول بالعدول عنه الى غيره فمات فعمل الوصي الاول بالوصية ثم علم كانت الغرامة على الميت تخرج من اصل التركة ثم يخرج الثلث للوصي الثاني[٢] هذا اذا لم يكن العدول عن الاول لسبب ظاهر أما اذا كان لسبب ظاهر كما اذا هاجر الوصي الاول الى بلاد بعيدة أو حدث بينه وبين الوصي عداوة ومقاطعة فعدل عنه كان ما صرفه الوصي الاول من مال نفسه[٣].

(مسألة ٢٤) : يتحقق الرجوع عن الوصية بالقول مثل أن يقول:

قال : هو بمنزلة الوصية يرجع فيما شاء منها (* ١) .

١) اذ مع فقدان شرائط التصرف يكون اعتباره وانشائه لغواً ولا يترتب عليه الاثر المترقب .

٢) لقاعدة الغرور فان المغرور يرجع الى من غره والغرامة على الميت وتخرج من اصل التركة وبعد اخراجها تصل النوبة الى الوصية فتنفذ وصيته في الثلث بعد اخراج الدين كما هو الميزان .

هذا على تقدير تحقق الغرور وأما مع عدم صدق الغرور فيشكل ما أفاده من كون الغرامة على الميت الا أن يقال ان تغريمه امر عقلائي ولو مع عدم صدق الغرور اذ هو السبب في الاتلاف فيكون ضامناً .

٣) اذا كان الدليل على العدول امراً ظاهراً عرفياً فالحق كما أفاده لتمامية الحجة على الوصي الاول والا يشكل .

---

١) نفس المصدر الحديث : ٤

رجعت عن وصيتى الى زيد[١] وبالفعل مثل أن يوصى بصرف ثلثه ثم يوصي بوقفه[٢] ومثل ان يوصي بوقف عين ثم يبيعها أو يهبها [٣] .

(مسألة ٢٥) : لايعتبر في وجوب العمل بالوصية مرور مدة طويلة اوقصيرة فاذا اوصى ثم مات بلافصل وجب العمل بها و كذا اذا مات بعد مرور سنين[٤] نعم يعتبر عدم الرجوع عنها[٥] واذا شك في الرجوع بنى على عدمه[٦]

(مسألة ٢٦) : اذا قال : اذامت في هذا السفر فوصيي فلان ووصيتي كذا و كذا فاذا لم يمت في ذلك السفر ومات في غيره لم يجب العمل بوصيته ولم يكن له وصى أما اذا كان الداعي له على انشاء الوصية خوف الموت فى السفر الذي عزم عليه وجب العمل بوصيته وان لم يمت فى ذلك السفر ولاجل ذلك يجب العمل بوصايا

---

١) كما هو ظاهر .

٢) اذ لايمكن الجمع بين الامرين فيكون الثاني ناسخاً للأول وتأسيساً للثاني .

٣) فان البيع يعدم موضوع الوصية وكذا هبتها كما هو ظاهر .

٤) كما هو ظاهر فان موضوع الوصية يتحقق بموت الموصي بلا فرق بين الفصل الزماني الطويل وغيره بين الموت والوصية .

٥) فان الرجوع عن الوصية تبطلها .

٦) بمقتضى الاستصحاب .

الحجاج عند العزم على الحج ومثلهم زوار الرضا عليه السلام والمسافرون اسفاراً بعيدة فان الظاهر ان هؤلاء وامثالهم لم يقيدوا الوصية بالموت في ذلك السفر وانما كان الداعي على الوصية خوف الموت في ذلك السفر فيجب العمل بوصاياهم مالم يتحقق الرجوع عنها[1].

(مسألة ٢٧) : يجوز للوصي ان يأخذ اجرة مثل عمله اذا كان له اجرة[2] الا اذا كان اوصى اليه بأن يعمل مجاناً كما لو صرح الموصي بذلك او كانت قرينة عليه فلا يجوز له اخذ الاجرة حينئذ[3] ويجب عليه العمل بالوصية ان كان قد قبل[4] أما اذا لم يقبل ففي الوجوب اشكال والاقرب العدم هذا بالنسبة الى العمل الذي أوصى اليه فيه كالبيع والشراء واعطاء الديون ونحو ذلك من الاعمال التي هي موضوع ولايته[5] اما لو اوصى باعمال اخرى مثل أن يوصي الى زيد ان يحج

١) بدعوى ان الظاهر من الجملة المذكورة التقييد بخلاف الصورة الثانية وعلى جميع التقادير يكون المناط بالظهور العرفي فانه المتبع ومع الاجمال تصل النوبة الى الاصل العملي .

٢) لاحترام العمل فالامر به يوجب الضمان .

٣) اذ مع الوصية بهذا القيد يكون العمل مجاناً ولا تكون له اجرة .

٤) اذ المفروض انه قد قبل ان ينفذ الوصية مجاناً فيجب بمقتضى وجوب انفاذ الوصية .

٥) يمكن الاستدلال عليه بقاعدة لاضرر على مسلك القوم وأما على ماسلكناه

عنه او يصلى عنه او نحو ذلك لم يجب عليه القبول حتى لو لـم يعلم ذلك في حياة الموصي[١] ولو قبل في حياته فان كان أوصى اليه بالعمل مجاناً مثل أن يحج فقبل لم يبعد جواز الرد بعد وفاته[٢] واذا جعـل له اجرة معينة بأن قال له : حج عني بمائة دينار كان اجارة ووجب العمل بها وله الاجرة اذا كان قد قبل في حياته[٣] والا لم يجب[٤] ولو

فيمكن أن يقال : بأنه خلاف المعهود من الشريعة .

وبعبارة اخرى : وجـوب القيام بعمل للغير بأمره مجاناً غير معهود من مذاق الشرع فلايجب .

١) اما لقاعدة لاضرر واما لعدم معهودية مثله في الشريعة واما لانصراف دليل وجوب العمل بالوصية عن مثله .

٢) لم يظهر وجهه اذ بعد القبول على ما هو عليه من المجانية لاوجه للرد .

ويمكن أن يقـال : ان الوجه فيما أفاده انه لادليل على وجوب العمل بمـا أوصى به .

وبعبارة اخرى لادليل على وجوب العمل مجاناً غاية ما في الباب ان الوصي وعد بأن يعمل بالوصية ووجوب العمل بالوعد مورد الاشكال والكلام فلا يبعـد جواز الرد كما في المتن .

٣) اذ المفروض انه وقع المعاملة على العمل بهـذا النحو وليست الاجارة الا تمليك المنفعة في مقابل اجرة لكن هذا يتم فيما اتصل القبول بالوصية وأمـا مع الفصل فلا يكون اجارة .

الا أن يقال : انه لادليل على اشتراط الموالاة بين الايجاب والقبول فلو قبل الأجير قبل انصراف الموصي عن وصيته تصير اجارة صحيحة .

٤) بتقريب انه لامقتضي للوجوب اذ المفروض ان دليل الوصية لايشمل المقام

كان باجرة غير معينة عندهما بان قال له : حج عني باجرة المثل ولم تكن الاجرة معلومة عندهما فقبل في حياته لم يبعد ايضاً عدم وجوب العمل وجريان حكم الاجارة الفاسدة (١) ولو كان بطريق الجعالة لم يجب العمل (٢) لكنه يستحق الاجرة على تقدير العمل لصدق الوصية حينئذ (٣).

(مسألة ٢٨) : تثبت الوصية التمليكية بشهادة مسلمين عادلين (٤) وبشهادة مسلم عادل مع يمين الموصى له (٥) وبشهادة مسلم عادل مع

ومن ناحية اخرى لايمكن تصحيحه بكونه اجارة اذ المفروض ان الموصي مات قبل قبول المؤجر ولا تصح الاجارة الا مع الايجاب من طرف والقبول من الطرف الاخر مع بقاء الشرائط في كليهما الى آخر العقد ، فعلى هذا لولم يقبل في حال الحياة لم يجب العمل بما أوصى بعد وفات الموصي .

١) الظاهر ان الوجه في الحكم بالفساد تحقق الغرر الموجب لفساد العقد .

٢) لعدم ما يقتضي الوجوب .

٣) ومع صدق الوصية لو عمل بها يستحق الجعل .

٤) اجماعاً بقسميه ـ كما في الجواهر ـ ويدل على المدعى قوله تعالي « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم او آخر ان من غيركم ان انتم ضربتم في الأرض فاصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشتري به ثمناً ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله انا اذاً لمن الاثمين » (* ١) وصفوة القول انه لااشكال في قبول شهادة عدلين في الحقوق المالية .

٥) لجملة من النصوص : منها : مارواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه

---

١) المائدة/١٠٦ .

مسلمتين عادلتين كغيرها من الدعاوي المالية [١] وتختص ايضاً بانها تثبت بشهادة النساء منفردات فيثبت ربعها بشهادة مسلمة عادلة ونصفها بشهادة مسلمتين عادلتين وثلاثة ارباعها بشهادة ثلاث مسلمات عادلات وتمامها بشهادة اربع مسلمات عادلات [٢] بلاحاجة الى اليميـن في

السلام قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يجز في الهلال الا شاهد عدل (* ١) .

ومنها : مارواه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق (* ٢)

ومنها : مارواه حماد بن عثمان قال : سمعت أبـا عبدالله عليه السلام : يقول كان علي عليه السلام يجيز فى الدين شهادة رجل ويمين المدعي (* ٣) .

ومنها : ما رواه حماد بن عيسى قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : حدثني أبي عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بشاهد ويمين (* ٤)

١) يمكن أن يستدل عليه بقوله تعالى « واستشهد واشهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » (* ٥) .

ويدل على المدعى أيضاً مارواه ابراهيم بن محمد الهمداني قال : كتب احمد بن هلال الى أبي الحسن عليه السلام: امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدها غيرها ، وفي الورثة من يصدقها ، ومنهم من يتهمها، فكتب : لا الا أن يكون رجل وامرأتان ، وليس بواجب ان تنفذ شهادتها (* ٦) .

٢) بلاخلاف بل اجماعاً ــ كما في الجواهر ــ ويمكن الاستدلال عليه بجملة

---

١ و٢ و٣ و٤) الوسائل الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم الحديث : ١ و٢ و٣ و٤

٥) البقرة/٢٨٢

٦) الوسائل الباب ٢٢ من أحكام الوصايا الحديث : ٨

شهادتهن[1] أما الوصية العهدية وهي الوصاية بالولاية فلا تثبت الا بشهادة مسلمين عادلين[2].

(مسألة ٢٩) : تثبت الوصية التمليكية والعهدية بشهادة ذميين عدلين في دينهما عند عدم عدول المسلمين[3].

من النصوص : منها ما رواه ربعي عن ابيعبدالله عليه السلام في شهادة امرأة حضرت رجلا يوصي ليس معها رجل فقال : يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها(* ١).

فانه يستفاد من هذه الرواية انه يثبت ربع مورد الوصية بشهادة امرئة واحدة ولازمه ثبوت النصف بامرئتين وثبوت ثلاثة ارباع بشهادة ثلاث نسوة وثبوت الجميع بشهادة الاربع ، فلاحظ .

١) لاطلاق النصوص .

٢) كما هو مقتضى الأصل الاولي وعن كتاب المسالك ومحكي غيره نفي الخلاف فيه .

٣) ادعي عدم الخلاف في الجملة على قبول شهادة الكافر في الوصية . ويمكن الاستدلال على المدعى بقوله تعالى (* ٢) وتدل على المدعى ايضاً جملة من النصوص ، منها : مارواه ضريس الكناسي قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة اهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير اهل ملتهم ؟ فقال : لا الا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم ، وان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية لأنه لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم ولا تبطل وصيته (* ٣) .

ومنها : مارواه ابو الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته

---

١) الوسائل الباب ٢٢ من أحكام الوصايا الحديث : ١

٢) لاحظ ص : ٤٢٢

٣) الوسائل الباب ٢٠ من احكام الوصايا الحديث : ١

ولاتثبت بشهادة غيرهما من الكفار[1].

(مسألة ٣٠) : تثبت الوصية التمليكية باقرار الورثة جميعهم اذاكانوا عقلاء بالغين وان لم يكونوا عدولا[2] واذا اقر بعضهم دون

عن قول الله عزوجل : «يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عـدل منكم أو آخر ان من غيركم» قلت : ما آخر ان مـن غيركم ؟ قال : هما كافران قلت : ذوا عدل منكم . قال : مسلمان (*١) .

ومنها : مارواه الحلبي ومحمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته هل تجوز شهادة اهل ملة من غير اهل ملتهم ؟ قال : نعم اذا لم يوجد مـن اهل ملتهم جازت شهادة غيرهم انه لايصلح ذهاب حق احد (* ٢) .

١) الاية الكريمة وانكانت مطلقة وكذلك عدة من النصوص لكن لابد مـن رفع اليد عن اطلاقهما بما رواه حمزة بـن حمران ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن قول الله عزوجل : « ذوا عدل منكم أو آخر ان من غيركم » قال: فقال اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من اهل الكتاب ، فقال : اذا مات الرجل المسلم بارض غربة فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من اهل الكتاب مرضيين عند اصحابهما (* ٣) .

لكن السند مخدوش بحمزة بن حمران حيث انه لم يوثق : الا أن يقال بأن التقييد اجماعي كما في الجواهر فبالاجماع يقيد اطلاق الاية والنصوص ويختص الحكم بخصوص الذمي ، والله العالم .

٢) لنفوذ الاقرار ، روى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى

---

١) الوسائل الباب ٢٠ من أحكام الوصايا الحديث : ٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث : ٧

بعض تثبت بالنسبة الى حصة المقر دون المنكر[١] نعم اذا اقر منهم اثنان وكانا عدلين تثبت الوصية بتمامها[٢] واذا كان عدلا واحداً تثبت ايضاً مع يمين الموصى له وتثبت الوصية العهدية باقرار الورثة جميعهم واذا اقر بعضهم ثبت بعض الموصى به على نسبة حصة المقر وينقص من حقه نعم اذا اقر اثنان عدلان منهم ثبتت[٣].

فصل في منجزات المريض

(مسألة ١) : اذا تصرف المريض في مرض الموت تصرفاً منجزاً فان لم يكن مشتملا على المحاباة كما اذا باع بثمن المثل او آجر باجرة المثل فلا اشكال في صحته ولزوم العمل به[٤] واذا كان مشتملا على نوع من المحاباة والعطاء المجاني كما اذا أعتق أو أبرأ او وهب هبة مجانية غير معوضة اومعوضة باقل من القيمة أو باع باقل

الله عليه وآله وسلم انه قال : اقرار العقلاء على انفسهم جايز (* ١) وجواز الاقرار ونفوذه من الواضحات .

١) لتحقق الموضوع بهذا المقدار .

٢) لتحقق الشهادة المعتبرة على الفرض .

٣) كما مر ، ومما ذكرنا يتضح ما أفاده بتمامه ، فلاحظ .

٤) للاطلاقات والعمومات الأولية الدالة على الصحة بلا وجود معارض مضافاً الى عدم الخلاف فيه ظاهراً .

---

١) الوسائل الباب ٣ من الاقرار الحديث : ٢

من ثمن المثل او آجر باقل من اجرة المثل او نحو ذلك مما يستوجب نقصاً فى ماله فالظاهر انه نافذ كتصرفه فى حال الصحة والقول بأنه يخرج من الثلث فاذا زاد عليه لم ينفذ الا باجازة الوارث ضعيف[1] واذا اقر بعين أو دين لوارث أو لغيره فان كان المقر مأموناً ومصدقاً فى نفسه نفذ الاقرار من الاصل وان كان متهماً

---

١) يقع الكلام في هذه المسئلة في مقامين : المقام الأول: فيما تقتضيه القواعد الأولية والمقام الثاني فيما تقتضيه النصوص الخاصة . أما المقام الأول : فنقول لااشكال في أن مقتضى القواعد الاولية نفوذ التصرف وصحته فانه مادام لم يقم دليل على التخصيص أو التقييد يكون عموم العمومات واطلاق المطلقات محكماً ومرجعاً .

وأما المقام الثاني : فعمدة ما قيل في مقام الاستدلال على المدعى أو يمكن أن يقال جملة من النصوص : منها : مارواه سماعة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية الوالد لولده فقال : أما اذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ماشاء وأما في مرضه فلايصلح (* ١) .

والمستفاد من هذه الرواية كما ترى ان عطية الوالد للولد ان كانت في حال المرض لايكون صالحاً وان كان في حال الصحة يكون صالحاً ومن الظاهر ان مفاد الرواية لايرتبط بالمقام فان المدعى في المقام ان منجزات المريض في مرض موته لاتكون صحيحة وبعبارة اخرى : مفاد الرواية اجنبي عما نحن بصدده .

ومنها : مارواه جراح المدائني قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية الوالد لولده يبينة قال : اذا اعطاه في صحته جاز (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة

---

١ و٢) الوسائل الباب ١٧ من احكام الوصايا الحديث : ١١ و١٤

. . . .

بجراح .

ومنها : مارواه الحلبي ، قال : سئل أبوعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لأمرأته عليه الصداق اوبعضه فتبرئه منه في مرضها فقال : لا (* ١) .

والمستفاد من هذه الرواية كالرواية السابقة اجنبي عن المقام اذ المستفاد منها ان ابراء الصداق الثابت في ذمة الزوج في حال المرض لايصح ومن الظاهر انه لايرتبط بما نحن فيه .

ومنها : مارواه سماعة قال : سألته وذكر مثله وزاد : ولكنها ان وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها (* ٢) والكلام فيه هو الكلام .

مضافاً الى أن المستفاد من الحديث ان ابراء مافي الذمة ليس صحيحاً ولكن هبتها، تكون صحيحة والحال انه يمكن أن يقال كما في بعض الكلمات انه خلاف الاجماع حيث ان ابراء ما في الذمة صحيح دون هبته فالأمر بالعكس .

ومنها : ماروواه عقبة بن خالد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل حضره الموت فاعتق مملوكاً له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه ؟ قال : ما يعتق منه الا ثلثه (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة بمحمد بن عبدالله بن هلال .

ومنها : ما رواه علي بن عقبة : عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل حضره الموت فاعتق مملوكاً له ليس له غيره ، فأبى الورثة ان يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه؟ قال : ما يعتق منه الا ثلثه، وسايرذلك الورثة احق بذلك ، ولهم ما بقى (* ٤) وهذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ الى علي بن حسن بن

---

١ و ٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ١٥ و١٦ و١٣

٤) الوسائل الباب ١١ من أحكام الوصايا الحديث : ٤

الفضال .

ومنها : ما رواه أبو بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان اعتق رجل عند موته خادماً له ثم اوصى بوصية اخرى اعتقت الخادم من ثلثه ، والغيت الوصية الا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بالبطائني .

ومنها : مارواه أبو ولاد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها قال : بل تهبه له فتجوز هبتها له ويحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً (*٢) وهذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ الى علي بن حسن بن الفضال .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم (* ٣) بتقريب ان المستفاد من الرواية ان مجموع ما اوصى مع العتق اكثر من الثلث وفيه : انه لادليل عليه بل لايبعد أن يرجع الضمير الى خصوص ما اوصى بل على ما قيل استدل بعض بهذه الرواية على القول الاخر ، فلاحظ .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم (* ٤) والكلام فيه هو الكلام ، بل دلالة هذه الرواية على القول الاخر اظهر مضافاً الى الاشكال في السند .

ومنها : ما رواه الحسن بن الجهم قال : سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل اعتق مملوكاً وقد حضره الموت واشهد له بذلك وقيمته ستمأة درهم ، وعليه دين ثلاثمأة درهم ولم يترك شيئاً غيره، قال : يعتق منه سدسه لأنه انما له من ثلاثمأة درهم وله السدس من الجميع « ويقضى عنه ثلاثمأة درهم وله من الثلاثمأة

---

١) الوسائل الباب ٦٧ من أحكام الوصايا الحديث : ٣

٢) الوسائل الباب ١١ من احكام الوصايا الحديث : ١

٣) لاحظ ص : ٣٥٩

٤) لاحظ ص : ٣٥٩

درهم وله من الثلاثمأة ثلثها . خ كا» (* ١) .

وفيه : انه لم يفرض المرض في الرواية مضافاً الى ما نقل عن المسالك بأن الرواية واردة في العتق ويمكن أن يكون الحكم خاصاً به ولا وجه لقياس غير المقام عليه اضف الى ذلك كله ان الرواية معارضة مع مادل على صحة عتقه .

ومنها : ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج ، قال سئلني أبو عبدالله عليه‌السلام هل يختلف ابن ابي ليلى وابن شبرمة ؟ فقلت : بلغني انه مات مولى لعيسى بن موسى فترك عليه دينا كثيراً ، وترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم ، فاعتقهم عند الموت فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك فقال ابن شبرمة أرى ان تستسعيهم في قيمتهم فتدفعها الى الغرماء فانه قد أعتقهم عند موته ، فقال ابن أبي ليلى : ارى ان ابيعهم وادفع اثمانهم الى الغرماء ، فانه ليس له أن يعتقهم عند موته ، وعليه دين يحيط بهم ، وهذا اهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير فلا يجيزون عتقه اذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده الى السماء وقال : سبحان الله يا ابن أبي ليلى متى قلت بهذا القول ؟ والله ما قلته الا طلب خلافي فقال أبو عبدالله عليه السلام : فعن رأى ايهما صدر ؟ قال : قلت بلغني انه اخذ برأى ابن أبي ليلى ، وكان له في ذلك هوى فباعهم وقضى دينه ، فقال : فمع ايهما من قبلكم ؟ قلت له : مع ابن شبرمة ، وقد رجع ابن أبي ليلى الى رأى ابن شبرمة بعد ذلك ، فقال: أما والله ان الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى، وان كان قدرجع عنه ، فقلت له : هذا ينكسر عندهم في القياس ، فقال : هات قايسني ، قلت : أنا اقايسك ، فقال : لتقولن باشد ما تدخل فيه من القياس، فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره وقيمة العبد ستمأة درهم ودينه خمسمأة درهم، فاعتقه عند الموت كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد فيأخذ الغرماء خمسمأة درهم ويأخذ الورثة

---

١) الوسائل الباب ٣٩ من احكام الوصايا الحديث : ٤

. . . .

مأة درهم ، فقلت : أليس قد بقي عن قيمة العبد مأة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى ، قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء ؟ قال : بـلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد فالثلث من المأة حين اعتقه ؟ قال : ان العبـد لاوصية لـه انما ماله لمواليه ، فقلت له : فان كان قيمة العبد ستمأة درهـم ودينه اربعمأة فقال : كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء اربعمأة درهـم ويأخذ الورثة مأتين ولا يكون للعبد شيء ، قلت : فان قيمة العبد ستمأة درهم ودينه ثلاثمأةدرهم فضحك، فقال: من ههنااتى اصحابك جعلواالاشياء شيئاً واحداً ولم يعلموا السنة ، اذا استوى مال الغرماء ومال الورثة أوكان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته، واجيزت الوصية على وجهها فالان يوقف هذا ، فيكون نصفه للغرماء ويكون ثلثه للورثة ويكون له السدس (* ١) .

وهذه الرواية لم يفرض فيـه المرض للمعتق وانما فرض كون المعتق مديوناً فلايرتبط بالمقام ويمكن أن يكون الحكم الوارد في الرواية حكماً خاصاً للموضوع الخاص .

ومنها : مارواه جميـل بن دراج عـن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اعتق مملوكه عند موته وعليه دين ، فقال : ان كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه والا لم يجز (* ٢) ومن الظاهر انه لايرتبط مفاد الحديث بما نحن بصدده .

وربما يستدل على المدعى بالنصوص الدالـة على أن للانسان عند موته ثلث ماله منها : مارواه معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال : كان البراء بن معرور الانصاري بالمدينة، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله بمكة ، وانه حضره الموت وكان رسول الله صلى الله عليه وآله والمسلمون يصلون الى بيت المقدس

---

١) نفس المصدر الحديث : ٥

٢) نفس المصدر الحديث : ٦

. . . .

فأوصى البراء بن معرور اذا دفن أن يجعل وجهه تلقاء النبي صلى الله عليه وآله الى القبلة ، وأوصى بثلث ماله فجرت به السنة (* ١) .

ومنها : مارواه أبو بصير قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله ؟ فقال : له ثلث ماله وللمرأة أيضاً (* ٢) .

ومنها : مارواه مرازم ، عن بعض اصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطي الشيىء من ماله في مرضه قال : ان ابان به فهو جائز وان أوصى به فهو من الثلث (* ٣) .

بتقريب انه لايجوز تصرفه الا في هذا المقدار ويرد عليه : ان المراد من تلك النصوص الوصية بالثلث والا فلا اشكال في ان الشخص مادام حياً يكون ماله بتمامه له اضف الى ذلك ان هذه الطائفة معارضة بمادل على أن الانسان يمكنه التصرف في ماله مادام حياً .

الا أن يقال: انه لاتعارض بين الجانبين اذ يمكن أن يقال : ان الأخبار الدالة على أن للانسان ماله الى زمان الموت يقيد بما دل على التقييد .

ومما يمكن أن يستدل به على المدعى النصوص الدالة على عدم جواز الاضرار بالوارث وعدم جواز الجور في الوصية : منها ما رواه السكونى ، عن جعفر بن محمد ، عن ابيه عليهما السلام قال: قال علي عليه السلام: ما ابالي اضررت بولدي اوسرقتهم ذلك المال (* ٤) .

ومنها : ما رواه السكوني ايضاً عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام قال : قال علي عليه السلام من أوصى ولم يحف ولم يضار كان كمن تصدق به في حياته (* ٥) .

---

١ و٢ و٣) الوسائل الباب ١٠ من احكام الوصايا الحديث : ١ و٢ و٤

٤ و٥) الوسائل الباب ٥ من احكام الوصايا الحديث : ١ و٢

. . . .

ومنها : ما رواه محمد بن قيس ، عن أبي جعفرعليه السلام قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل توفي وأوصى بماله كله أو اكثره، فقال له : الوصية ترد الى المعروف غير المنكر ، فمن ظلم نفسه واتى في وصيته المنكر والحيف فانها ترد الى المعروف ، ويترك لأهل الميراث ميراثهم الحديث (*١) .

ومنها : ما رواه مسعدة بن صدقة ، عن جعفر بن محمدعن ابيه عليهما السلام قال : من عدل في وصيته كان كمن تصدق بها في حياته ، ومن جار في وصيته لقى الله عزوجل يوم القيامة وهو عنه معرض (* ٢) .

ومنها: ماروواه العياشي (في تفسيره) عن السكوني، عن جعفر بن محمد، عن ابيه عن علي عليهم السلام قال: السكر من الكبائر، والحيف في الوصية من الكبائر (*٣).

بتقريب ان المستفاد من هذه النصوص ان التصرف في أزيد من الثلث يتوقف على اذن الوارث .

وفيه ان هذا الحكم خاص بالوصية والا يلزم القول بعدم جواز التصرف حتى في حال الصحة ، وهو كما ترى وبعبارة اخرى هذه حكمة لجعل الوصية نافذة في خصوص الثلث .

ولكن مع ذلك كله في النفس شيىء اذ لايبعد أن يفهم من عنوان المرض في جملة من النصوص مرض الموت فلا يتوجه ما ذكرناه من الاشكال حيث قلنا ان مفاد تلك النصوص اجنبي عن المقام اللهم الا أن يستدل على جواز التصرف على نحو الاطلاق بالسيرة الخارجية من غير نكير من المتشرعة اذ لولا صحة التصرف الواقع في مرض الموت كيف يمكن جريان السيرة عليه وطريق الاحتياط ظاهر والله العالم بحقائق الامور وعليه التوكل والتكلان .

---

١) الوسائل الباب ٨ من احكام الوصايا الحديث : ١

٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و٥

نفذمن الثلث هذا اذا كان الاقرار فى مرض الموت اما اذا كان فى حال الصحة أوفى المرض غيرمرض الموت اخرج من الاصل وان كان متهما[1].

---

١) الظاهر ان الماتن ناظر الى ان الجمع بيـن النصوص يقتضي التفصيل المذكور فان المستفاد منجملة من النصوص نفوذ الاقرار مع عدم التهمة وعدم نفوذها معها لاحظ ما رواه العلا بياع السابري قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امراة استودعت رجلامالا فلماحضرها الموت قالت له : ان المال الذي دفعته اليك لفلانة وماتت المرأة فأتى اولياؤها الرجل فقالوا : انه كان لصاحبتنا مال ولا نراه الا عندك فاحلف لنا مالها قبلك شيىء أفيحلف لهم ؟ فقال : ان كانت مأمونة عنده فيحلف لهم ، وان كانت متهمة فلا يحلف ، ويضع الأمر على ما كان ، فانما لها من مالها ثلثه (※١) .

ولاحظ ما رواه أبو ايوب، عن أبيعبدالله عليه السلام في رجل أوصى لبعض ورثته ان له عليه دينا ، فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له (※ ٢)

ولاحظ مكاتبة محمد بنعبدالجبار (※٣) بتقريب ان الدين لولم يكنمعروفاً معلوماً لم يكن الاقرار مؤثراً للتهمة .

ولاحظ مارواه الحلبي، قال: سئل أبوعبدالله عليه السلامعن رجل اقرلوارث بدين في مرضه أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان ملياً (※ ٤) بناء علـى ان الملائة طريق الى رفع التهمة ونقل عن الصحاح انه ملؤ الرجل صار ملياً اى ثقة .

ولاحظ مارواه منصور بن حازم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عنرجل

---

١ و٢) الوسائل الباب ١٦ من احكام الوصايا الحديث : ٢ و٨

٣) لاحظ ص : ٣٧٤

٤) الوسائل الباب ١٦ من احكام الوصايا الحديث : ٧

(مسألة ٢) : اذا قال : هذا وقف بعد وفاتي اونحو ذلك مما يتضمن تعليق الايقاع على الوفاة فهو باطل لا يصح وان اجاز الورثة(١) فالانشاء المعلق على الوفاة انما يصح في مقامين انشاء الملك وهي الوصية

اوصى لبعض ورثته ان له عليه دينا، فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له (* ١) .

ولاحظ ما رواه الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : الرجل يقر لوارث بدين ، فقال : يجوز اذا كان ملياً (* ٢) .

ولاحظ ماروواه أبو بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين ، وأوصى ان هـذا الذي ترك لأهل المضاربة ، أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان مصدقاً (* ٣) .

ومقتضى الجمع بين هذه الطائفة وبقية الطوائف التفصيل بأن يقال : ان كان الاقرار في حال المرض اي مرض الموت وكان بمقدار الثلث ينفذ والالا ينفذ ، هذا فيما يكون المقر غير مصدق في قوله والا يحسب من الأصل فان الجمع بين النصوص يقتضي التفصيل المذكور .

لاحظ حديث بياع السابري (*٤)حيث يدل على ان الاقرار مع التهمة لا يؤثر الا في الثلث وبهذه الرواية يقيد مادل على عدم النفوذ على الاطلاق في حال التهمة وأما التقييد بالمرض المقيد بمرض الموت فلا يبعد ان الوجه فيه قيام الاجماع القطعي على نفوذ الاقرار في حال الصحة وحال المرض غير مرض الموت ، والله العالم .

١) للتعليق .

---

١ و٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ١ و٥ و١٤

٤) لاحظ ص : ٤٣٤

التمليكية وانشاء العتق وهو التدبير[١] ولا يصح في غيرهما من انواع الانشاء فاذا قال: بعت اوآجرت اوصالحت اووقفت بعد وفاتي بطل ولا يجري عليه حكم الوصية بالبيع اوالوقف مثلا بحيث يجب على الورثة ان يبيعوا اويوقفوا بعد وفاته[٢] الا اذافهم من كلامه انه يريد الوصية بالبيع اوالوقف فحينئذ كانت وصيته صحيحة ووجب العمل بها[٣] نعـم اذا قال للمدين ابرأت ذمتك بعد وفاتي واجازه الوارث بعد موته برئت ذمه المدين فان اجازة الابراء بنفسها تنازل من قبل الورثة عن حقهم وابراء لذمة المدين[٤].

كتاب الوقف

وهو تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة[٥].

---

١) كما هو ظاهر واضح .

٢) فانه لامقتضي للصحة .

٣) لنفوذ الوصية ووجوب العمل بها .

٤) الظاهر ان ما أفاده تام .

٥) قال المحقق قدس سره: « الوقف عقد ثمرته تجيس الأصل واطلاق المنفعة وقد ذكرهذا المضمون في بعض النصوص منها مارواه ابن أبي جمهور في عوالي اللالي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال حبس الأصل وسبل الثمرة (*١) وفي درر اللالي عنه صلى الله عليه وآله انه قال ان شئت حبست اصله وسبلت ثمرتها(*٢)

---

١ و٢) مستدرك الوسائل الباب ٢ من أبواب الوقف الحديث : ١ و٢

(مسألة ١) : لايكفي في تحققه مجرد النية بل لابد من مظهر لها مثل وقفت وحبست ونحوهما مما يدل على المقصود[١] والظاهر وقوعه بالمعاطاة مثل أن يعطى الى قيم المشهد آلات الاسراج أو يعطيه الفراش أو نحو ذلك[٢] بل ربما يقع بالفعل بلامعاطاة مثل أن يعمر الجدار أو الاسطوانة الخربة من المسجد أو نحو ذلك[٣] فانه اذا مات من دون اجراء صيغة الوقف لايرجع ميراثاً الى ورثته[٤]

(مسألة ٢) : الوقف تارة يكون له موقوف عليه يقصد عود المنفعة اليه وتارة لايكون كذلك والثاني وقف المسجد فان الواقف لم يلحظ في الوقف منفعة خاصة وانما لاحظ مجرد حفظ العنوان الخاص وهو عنوان المسجدية وهذا القسم لايكون له موقوف عليه[٥]

ولا اشكال في أن قوام الوقف بكون الموقوف محبوساً وممنوعاً عن الحركة وبهذا الاعتبار يسمى الوقف وقفاً وعلى الجملة لااشكال فيما أفاده وقد أجاد الماتن حيث قال : « وهو تحبيس الأصل » ولم يقل هو عقد اذ لو كان عقداً يلزم فيه القبول والحال ان الوقف لايشترط فيه القبول كما يصرح به فيما بعد .

١) فان الوقف من الامور الانشائية ولابد فيها من ابرازها بمبرز .

٢) اذ يصدق العنوان بالمعاطاة ولا دليل على اشتراط الأنشاء باللفظ .

٣) بعين التقريب ووحدة الملاك فلاحظ .

٤) اذ بعد تمامية الوقف لامجال للانتقال الى الورثة بالأرث فان المفروض خروج العين عن ملك المورث فلا موضوع للارث كما هو ظاهر .

٥) ربما يقال : ان المسجد خارج عن عنوان الوقف ومصداق للتحرير ولكن

واذالاحظ الواقف منفعة خاصة مثل الصلوة أو الذكر أو الدعا أو نحوها من انحاء العبادة فقال: وقفت هذا المكان على المصلين أو الذاكرين أو الداعين أو نحو ذلك لم يصر مسجداً ولم تجر عليه أحكام المسجد وانما يصير وقفاً على الصلوة أو غيرها مما لاحظه الواقف ويكون من القسم الاول الذي له موقوف عليه وهو الذي لاحظ الواقف فيه المنفعة وهو على اقسام[1]

الظاهر انه لادليل عليه فالحق انه نوع من الوقف في مقابل بقية الوقوف فكما أفاد الماتن تارة يكون للوقف موقوف عليه وفي هذه الصورة لايتحقق عنوان المسجدية فالمسجد وقف بلا موقوف عليه .

وان شئت قلت: لااشكال في أن المستفاد من الأدلة الشرعية ان الشارع الأقدس جعل احكاماً خاصة للمسجد ويلاحظ عنوان المسجد موضوعاً للأحكام الخاصة ويتحقق هذا العنوان بتعلق انشائه مع اجتماع الشرائط بمكان فالنتيجة انه لو قصد الواقف ذلك الموضوع الذي تترتب عليه أحكام خاصة في الشريعة يتحقق عنوان المسجدية وتترتب عليه تلك الأحكام ولا يكون له موقوف عليه فانقدح مما تقدم ان المسجد داخل في الوقوف ولكن لاينافي كونه تحريراً والظاهر ان المراد من التحرير اطلاقه وعدم كونه ملكاً لأحد وعلى الجملة الوقف اذاكان له موقوف عليه لايكون محرراً بل مقيداً بكونه مملوكا وبعبارة اخرى: قبل الوقف يكون ملكا للواقف وبعد الوقف يصير ملكا للموقوف عليه وأما المسجد حيث انه لايكون ملكا للموقوف عليه لعدمه لايكون مقيداً بل يكون حراً فقبل الوقف يكون ملكا للواقف وبالوقف يصير محرراً ومطلقاً من هذه الجهة فلاحظ .

١) الأمر كما أفاده فان الموقوف في هذه الصورة لايكون مسجداً بل يكون

الاول: أن يلحظ عود المنفعة الى الموقوف عليهم بصيرورتها ملكا لهم كما اذا قال: هذا المكان وقف على اولادي على أن تكون منافعه لهم أو هذا البستان وقف على اولادي على أن تكون ثمرتها لهم فتكون المنافع والثمرة ملكاً لهم كسائر أملاكهم تجوز المعاوضة منهم عليها ويرثها وارثهم وتضمن لهم عند طروء سبب الضمان وتجب الزكاة على كل واحد منهم عند بلوغ حصته النصاب[1] الثاني أن تلحظ المنافع مصروفة عليهم من دون تمليك فلاتجوز المعاوضة من احد الموقوف عليهم على حصته ولاتجب فيها الزكاة وان بلغت النصاب ولا يرثها وارث الموقوف عليه اذا مات قبل أن تصرف المنفعة عليه وتضمن

موقوفاً على المصلين وتكون المنفعة راجعة اليهم ولذا لايكون تحريراً بل يكون ملكاً وهذا القسم له اقسام .

١) والسيرة جارية عليه بلا ردع من الشارع بل اطلاق قوله عليه السلام في بعض النصوص : منها ما رواه محمد بن الحسن الصفار أنه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي عليهما السلام في الوقف وما روي فيه « الوقوف وما روي فيها » عن آبائه عليهم السلام فوقع عليه السلام : الوقوف تكون على حسب مايوقفها أهلها انشاء الله (* ١) .

ومنها : ما رواه محمد بن يحيى قال : كتب بعض اصحابنا الى أبي محمد عليه السلام في الوقوف وما روي فيها فوقع عليه السلام : الوقوف على حسب ما يقفها اهلها انشاء الله (*٢) ، يشمل المقام وبعد تحقق الملكية تترتب عليها أحكامها كما في المتن .

---

١ و٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الوقوف الحديث : ١ و٢

المنفعة بطروء سبب الضمان وهذا القسم على نوعين: الاول أن يلحظ فيه صرف شخص المنفعة كما اذا قال: هذه الشجرة وقف على اولادي يأكلون ثمرتها وفي مثله لايجوز للولي تبديلها والمعاوضة عليها بل يصرف نفس الثمرة عليهم ليأكلوها الثاني : أن لايلحظ فيه صرف شخص المنفعة بل يلحظ الاعم منها ومن بدلها كما اذا قال : هـذه البستان وقف على اولادي تصرف منفعتها عليهم سواء أكان بتبديلها الى عين أخرى بأن يبدل الولي الثمرة بالحنطة أوالدقيق أوالدراهم أو يبذل نفسها لهم[١] القسم الثالث: أن يلاحظ الواقف انتفاع الموقوف عليهم مباشرة باستيفاء المنفعة بأنفسهم مثل وقف خانات المسافرين والرباطات والمدارس وكتب العلم والادعية ونحوها وهذا القسم كما لاتجوز المعاوضة على منافعه لامن الموقوف عليهم ولامن الولي لاتوارث فيه[٢] والظاهر ثبوت الضمان فيه ايضاً اذا غصب المنفعة غاصب كالاقسام السابقة[٣] نعم الظاهر عدم الضمان في مثل المساجد

---

١) كما هـو مقتضى اطلاق كون الوقف على حسب جعل الواقف فانه تابع لجعله فاذا وقفه على أن يصرف نفعه في الموقوف عليه بلا تغيير يجب وأما اذا جعل الأعم يجوز الصرف على ذلك النحو .

٢) كما عليه السيرة الخارجية المستمره وفي جميع هذه الأقسام يكون الوقف ملكا للموقوف عليه غاية الأمر تارة يكون الوقف خاصاً واخرى عاماً وبعبارة اخرى ان العين الموقوفة مملوكة للموقوف عليه وتتصور الأقسام المذكورة فـي المتن بالنسبة الى منفعة الوقف .

٣) اذ المفروض عدم كون التالف من المباحات الأصلية فيكون المتلف ضامناً

التي يكون الوقف فيها تحريراً[1].

(مسألة ٣) : الظاهر عدم اعتبار القبول في الوقف بجميع انواعه[2].

ويمكن أن يقال : ان المنفعة في هذه الموارد ملك للجهة الخاصة .

١) والوجه فيه انه لامالك للعين في المسجد فلا موضوع للضمان وبعبارة اخرى الضمان يترتب على تلف المملوك والمفروض ان المساجد غير مملوكةفلا موضوع للضمان فيها .

٢) قد تقدم في أول الكتاب بأنه لادليل على اشتراط القبول في الوقف بل مقتضى اطلاق النصوص عدم الاشتراط وبعبارة اخرى : الوقف بماله من المفهوم يصدق ولو مع عدم القبول مضافاً الى السيرة الجارية الخارجية حيث لايراعى فيه القبول وربما يستدل باعتبار القبول فيه بوجوه :

الوجه الاول ان الوقف عقد ويشترط في العقد الايجاب والقبول . وفيه انه مصادرة والدليل عين المدعى .

الوجه الثاني : انه ادخال في الملك وكيف يمكن ادخال عين في ملك احد بلا قبوله ورضاه . وفيه اولا : النقض بالطبقات اللاحقة في الوقف الخاص اذ لم ينقل فيه اشتراط القبول منهم وأيضاً ينقض بالارث وثانياً : انه لو دل الدليل نلتزم به ولا محذور فيه وقد تقدم ان السيرة الخارجية جارية على الوقف بلا رعاية اشتراط القبول اضف الى ذلك النصوص الدالة على أوقاف الائمة عليهم السلام .

منها : ماروواه عجلان أبو صالح قال : أملى أبو عبدالله عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان وهو حي سوي بداره التى فيبني فلان بحدودها صدقة لاتباع ولاتوهب حتى يرثها وارث السماوات والأرض وانه

وان كان احوط(١)

قد أسكن صدقته هـذه فلاناً وعقبه فاذا انقرضوا فهي على ذي الحاجة من المسلمين (* ١) .

ومنها : ما رواه ربعي بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له في المدينة في بني زريق فكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن ابيطالب وهو حي سوي تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لاتباع ولاتوهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض وأسكن هذه الصدقة خالاته ماعشن وعاش عقبهن فاذا انقرضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين(*٢).

ومنها : ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال : بعث الي بهذه الوصية أبو ابراهيم عليه السلام : هذا ما أوصى به وقضى في ماله عبدالله علي ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة ويصرفني به عن النار ويصرف النار عني يوم تبيض وجوه وتسود وجوه :ان ماكان لي من مال بينبع «من مال» يعرف لي فيها وماحولها صدقة ورقيقها غير أبي رياح وأبي نيزر وجبير عتقاء ليس لأحد عليهم سبيل فهم موالي يعملون في المال خمس حجج ومنه « وفيه » نفقتهم ورزقهم ورزق اهاليهم ومع ذلك ماكان لي في بوادى القرى كله مال بني فاطمة ورقيقها صدقة الى آخر الحديث(*٣) فانه لاتكون في هذه النصوص دلالة على القبول .

الوجه الثالث : ان مقتضى الأصل عدم خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف وفيه انه لامجال للأصل مع وجود الدليل .

١) لااشكال في أنه أحوط كما أنه لااشكال في حسنه سيما مع وجود القائل به

---

١ ٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٣ و ٤

٣) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٤

ولاسيما في الوقف بلحاظ ملك المنفعة[1] سواء كان عاماً مثل الوقف على العلماء أم خاصاً مثل الوقف على اولاده[2] فيقبل في الاول الحاكم الشرعي[3] وفي الثاني الموقوف عليهم من الطبقة الاولى[4].

(مسألة ٤) : الاظهر عدم اعتبار القربة في صحة الوقف[5].

كما عبر في عبارة المحقق بالعقد فلاحظ .

١) لايبعد أن يكون الوجه في الخصوصية انه لولم تلحظ فيه ملكية المنفعة للموقوف عليه لايكون الوقف ادخالا لشيىء في ملك الغير وأما مع هذا اللحاظ يكون من مصاديق الأدخال في ملك الغير فكيف يمكن تحققه بلا قبول من يدخل في ملكه والجواب عن هذاالتقريب قد تقدم وقلنامع دلالة الدليل لامجال للاشكال مضافاً الى أن الوقف لايكون تحريراً بل تمليك فعلى كلا التقديرين يكون الوقف مستلزماً لأدخال العين في ملك الغيرنعم في خصوص وقف المسجد ـ كما تقدم ـ لايكون تمليكاً بل تحريراً .

٢) اذ على كلا التقديرين يحصل التمليك وادخال المنفعة في ملك الغير .

٣) فانه الولي العام وحيث ان المالك ليس الشخص بل الكلي لابدمن قبوله ودخوله في الأمر .

٤) اذ المفروض ان المالك الشخص الخارجي فلابدمن قبوله ولاوجه لدخول الحاكم .

٥) قد وقع الخلاف بين الأصحاب في اشتراط قصد القربة في الوقف وعدمه وما يمكن أن يقال : في تقريب الاستدلال على الاشتراط وجوه : الوجه الأول : الاجماع وفيه انه يمكن استناد المجمعين الى الوجوه المذكورة في المقام فلا يكون اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم .

الوجه الثاني : انه اطلق عنوان الصدقة على الوقف في النصوص لاحظ

. . . .

وقوف الائمة منها مـا رواه عبدالرحمن بن الحجاج قال أوصى أبو الحسن عليه السلام بهذه الصدقة هذا ما تصدق به موسى بن جعفر عليهما السلام تصدق بأرضه في مكان كذا و كذا كلها وحدالأرض كذاو كذا تصدق بها كلها و نخلها و أرضها وقناتها وماؤها وأرحابها الخ (* ١) .

هذا من ناحية ومن ناحية اخرى قد دل الدليل علـى اشتراط الصدقة بالقربة لاحظ ما عن ابي عبدالله عليه السلام الرجل يتصدق على بعض ولده بصدقة وهـم صغار أله أن يرجع فيها قال : لاالصدقة لله تعالى (* ٢) .

وما رواه حماد بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لاصدقة ولا عتق الا ما اريد به وجه الله عزوجل (* ٣) .

ولاحظ أيضاً ما عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لاصدقة ولاعتق الا مااريد به وجه الله عزوجل (* ٤) .

وفيه ان المستفاد من فعل الائمة عليهم السلام ان الوقف يمكن أن يقع مصداقاً للصدقة والمستفاد من دليل اشتراط القربة في الصدقة انه لاتتحقق الصدقة الامع قصد القربة لكن لادليل على تقوم الوقف بالقربة وبعبارة اخرى الذي يستفاد من الدليل ان الصدقة يشترط فيها القربة وأما كون الوقف على الاطلاق أمراً قربياً فلا يستفاد من هذه النصوص .

الوجه الثالث : انه يلزم اتباع الأئمة فلابد من قصد القربة وفيه انه لااشكال في جواز قصد القربة انما الاشكال في لزومه ولادليل على لزوم الاتباع فيما لايكون

---

١) لاحظ ص ٤٤١ و ٤٤٢ والوسائل الباب ١٠ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث: ٥

٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

٤) نفس المصدر الحديث : ٣

ولاسيما في مثل الوقف على الذرية[١].

(مسألة ٥) : يعتبر في صحة الوقف القبض[٢]

لازماً .

الوجه الرابع: ان مقتضى الأصل عدم تحققه بلا قصد القربة وفيه انه لامجال للأصل مع عدم الدليل عليه ووجود المقتضي الصحة مضافاً الى السيرة الخارجية المقتضية لعدم الاشتراط .

الوجه الخامس: ان الأصل في الأوامر التعبدية وفيه انه قد ثبت في الاصول ان مقتضى القاعدة الأولية التوصلية والتعبد يحتاج الى الدليل اضف الى ذلك كله انه لااشكال في الوقف الصادر عن المخالف والحال ان المخالف لايمكنه قصد القربة لعدم صحة العبادة عن غير المؤمن فالحق ما أفاده في المتن من عدم الاشتراط .

١) لم يظهر لي وجه الخصوصية ولعل الوجه فيه ان عدم الاشتراط اوضح بلحاظ السيرة الجارية الخارجية والله أعلم .

٢) قال في الحدائق : « لاخلاف في اشتراط القبض في صحة الوقف وتمامه بحيث انه بعده لارجوع في الوقف وأما قبله فله الرجوع ولو مات قبله رجع ميراثاً بمعنى ان الانتقال عن المالك مشروط بالعقد والقبض فيكون العقد جزء السبب الناقل وتمامه القبض وعلى هذا فالعقد في نفسه صحيح الا أنه غير ناقل الابالقبض ولهذا جاز فسخه قبل القبض وبطل بالموت قبله » (* ١) .

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه صفوان بن يحيى عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل يقف الضيعة ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً

---

١) الحدائق ج ٢٢ ص : ١٤٣

فاذا مات قبل القبض بطل(١) ولايعتبر في القبض الفورية(٢)

فقال : ان كان وقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لهـا قيماً لم يكن له أن يرجع فيها وان كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها وان كانوا كباراً ولم يسلمها اليهم ولـم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها لأنهم لايحوزونها عنه وقد بلغوا (*١) .

فان المستفاد من هذه الرواية ان الحيازة والقبض شرط وقبـل القبض يجوز للواقف الرجوع في الضيعة ولكن الانصاف انه لايستفاد المدعى من هذا الخبر بل المستفاد منه تحقق الملكية بالوقف وتحقق لزومه بالقبض ومثله في الدلالة على الصحة دون اللزوم ما رواه الأسدي فيما ورد عليه من جواب مسائله عن محمد بن عثمان العمري عن صاحب الزمان عليه السلام وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتناوما يجعل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه فكل مالم يسلم فصاحبه فيه بالخيار وكل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج أو لم يحتج افتقر اليه أو استغنى (* ٢) .

١) لو قلنا بعدم تحقق الملكية قبل القبض فالأمر كما افاده اذ مع بقاء العين في ملك الواقف ينتقل ما تركه الى وارثه ولكن الاشكال في أصل المبنى كماتقدم نعم يستفاد المدعى من حديث عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال في رجل تصدق على ولد له قد ادركوا قال: اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من يدرك من ولده فهو جايز لأن الوالد هو الذي يلي أمره وقال لايرجع في الصدقة اذا تصدق بهـا ابتغاء وجه الله (* ٣) لكن الحديث ضعيف بقاسم بن سليمان حيث انه لم يوثق فلابد من اتمام الامر بالاجماع التعبدي الكاشف ان تحقق .

٢) لاطلاق الدليل فان المستفاد من حديث صفوان اشتراط القبض بدون تقيده

---

١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٤

٢) نفس الصدر الحديث : ٨

٣) نفس المصدر الحديث : ٥

وفي اعتبار اذن الواقف في القبض اشكال[١].

(مسألة ٦) : يكفى في تحقق القبض في مثل الوقف على الذرية قبض الطبقة الاولى[٢].

(مسألة ٧) : اذا وقف على أولاده الصغار وأولاد أولاده وكانت العين في يده كفى ذلك في تحقق القبض ولم يحتج الى قبض آخر[٣] واذا كانت العين في يد غيره فلابد من أخذها منه ليتحقق قبض وليهم[٤].

بالفورية ويمكن تقريب الاستدلال على المدعى بوجه آخر وهو ان المرجع اطلاق دليل الوقف لكن لابد من تقييده بالقبض في الجملة فلو تحقق القبض ولو مع التراخي يكون مقتضى دليل الصحة كونه تاماً بعد القبض فلاحظ .

١) ربما يستدل على اشتراط الاذن بحديث الأسدي (* ١) فان المستفاد من هذا الحديث التسليم لكن السند ضعيف فليس قابلا للاعتماد عليه ويستفاد عدم الاشتراط من حديث صفوان (* ٢) حيث انه يستفاد منه جواز المخاصمة مع الواقف للحيازة فيعلم عدم اشتراط الاذن وطريق الاحتياط ظاهر والله العالم .

٢) اذ المفروض انه وقف واحد فيتم بقبض الطبقة الأولى ويمكن أن يقال : انه لادليل على اشتراط قبض كل طبقة ومع عدم الدليل يكفي اطلاق دليل الوقف

٣) اذ المفروض كونه ولياً لهم وقبضه قبضهم فاذا كانت العين في يده يتحقق القبض ولا يحتاج الى قبض آخر وان شئت قلت : تحصيل الحاصل لايمكن .

٤) كما هو ظاهر فان المفروض اشتراط القبض فلابد من أخذه كي يتحقق

---

١) لاحظ ص : ٤٤٦

٢) لاحظ ص : ٤٤٥

(مسألة ٨) : اذا كانت العين بيد الموقوف عليه كفى ذلك في قبضها ولم يحتج الى قبض جديد[١].

(مسألة ٩) : يكفي في قبض غير المنقول رفع الواقف يده عنه واستيلاء الموقوف عليهم عليه[٢].

(مسألة ١٠) : في اعتبار القبض في صحة الوقف على الجهات العامة اشكال[٣] ولاسيما اذا كان من نية الواقف أن تبقى في يده ويعمل بها على حسب ما وقف[٤] والاحوط اعتباره[٥] ولكن الظاهر عدم اعتبار قبض الحاكم الشرعي[٦]

القبض .

١) اذ قد تقدم انه لايمكن تحصيل الحاصل وبعبارة اخرى : المفروض تحقق الشرط فيتم الأمر فلاحظ .

٢) فان قبض كل شيىء بحسبه وبعبارة اخرى: القبض امر عرفي وتحققه بنظر العرف في غير المنقول بما ذكر في المتن .

٣) الظاهر ان وجه الاشكال عدم الدليل واختصاصه بالأوقاف الخاصة فلامقتضي للاشتراط .

٤) تارة يجعل نفسه متولياً فيكون قبضه كافياً واما اذا لم يكن كذلك فلاأرى وجهاً لكفاية قبضه اذا قلنا باشتراط القبض وعلى الجملة لم يظهر لي مارامه الماتن والله العالم .

٥) بلا اشكال ولا كلام فان الاحتياط طريق النجاة واخوك دينك فاحتط لدينك .

٦) ان قلنا باشتراط القبض لابد من قبض الحاكم فان له الولاية في الامور

فاذا وقف مقبرة كفى الدفن فيها واذا وقف مكاناً للصلاة كفى الصلاة فيه واذا وقف حسينية كفى اقامة العزاء فيهـا وكذا الحكم في مثل وقف الخان على المسافرين والدار على سكنى العلماء والفقراء فانه يكفي في قبضها السكنى فيها واذا وقف حصيراً للمسجد كفى وضعه في المسجد وكذا في مثل آلات المشاهد والمعابد والمساجد ونحوها فان الظاهر انه يكفي في قبضها وضعها فيها بقصد استعمالها[١] واذا خرب جانب من جدار المسجد أو المشهد أو نحوها فعمره فالظاهر كفاية ذلك في تمامية الوقف وان لم يقبضه قابض[٢] واذا مات لم يرجع ميراثاً لوارثه كما عرفت[٣].

(مسألة ١١) : اذا وقف على اولاده الكبار فقبض واحد منهم صح القبض في حصته ولم يصح في حصة الباقين[٤].

العامة الا أن يقال : ان مقتضى السيرة عدم الاعتبار لكن مرجعه الى عدم الاشتراط فيكون خروجاً عن الفرض .

١) كيف يكون الدفن قبضاً والحال ان جواز الدفن متوقف على القبض وبعبارة اخرى : رتبة جواز الدفن متأخرة عن القبض فلابد من تحقق القبض كي يتم الوقف وبعد تماميته يترتب عليه حكمه الا أن يقال: بجريان السيرة الخارجية عليه فيكون خروجاً عن الفرض .

٢) بمقتضى السيرة الخارجية بلا كلام .

٣) وعرفت انه لامجال للارث فراجع .

٤) ما أفاده ظاهر فان المفروض تحقق القبض بالنسبة الى بعضهم وعدم تحققه

(مسألة ١٢) : الوقوف التي تتعارف عند الاعراب بأن يقفوا شاتاً على أن يكون الذكر المتولد منهـا (ذبيحة) يعني يذبح ويؤكل والانثى (منيحة) يعني تبقى وينتفع بصوفها ولبنها فاذا ولدت ذكراً كان (ذبيحة) واذا ولدت أنثى كانت (منيحة) وهكذا اذا كان وقفهم معلقاً على شفاء مريض او ورود مسافر أوسلامة غنمهم من الغزو أو المرض أو نحو ذلك فهي باطلة[1] واذا كانت منجزة غير معلقة فالظاهر بطلانها ايضاً لان المنيحة اذا كانت ملكاً للواقف فلايمكن أن يكون نتاجها الذكر ذبيحة لان وقف المعدوم باطل وان خرجت عن ملك الواقف فلايمكن أن يكون صوفها ولبنها راجعاً اليه أو الى ورثته[2].

(مسألة ١٣) : لا يجوز في الوقف توقيته بمدة فاذا قال : داري

بالنسبة الى البعض الاخر فيترتب على كل حكمه على مقتضى القاعدة فتأمل .

١) الظاهر ان الوجه في حكمه بالبطلان التعليق فان التعليق باطل عندهم ويتعرض الماتن لاشتراط الوقف بعدم التعليق في المسئلة (١٧) ونتعرض هناك انشاء الله لتقريب الاستدلال على المدعى وما فيه من الاشكال فانتظر .

٢) الأمر كما أفاده فان المنيحة المتولدة من الشاة الموقوفة ان كانت ملكا للواقف فلا يجوز وقفها لعدم جواز وقف المعدوم وان لم تكن ملكاً للواقف فلاوجه لرجوع لبنها وصوفها الى المالك .

ولقائل أن يقول : نلتزم بكون المنيحة ملكا للواقف وقد علق الوقف على وجودها فلا يكون متعلق الوقف معدوماً .

لكن يتوجه اشكال التعليق الا أن يقال : ان التعليق على ما يتوقف عليه صحة

وقف على اولادي سنة أوعشر سنين بطل[1].

العقد غير مضر بالصحة نعم يتوجـه اشكال آخر وهو انه كيف يمكن كونها ملكا للواقف والحال ان الشاة موقوفة وبعبارة اخرى : منافع العين الموقوفة لاتكون ملكا للواقف فلاحظ .

١) ونقـل في الجواهر الاجماع بقسميه عليه عن الغنية وما يمكن أن يستدل به عليه وجوه :

الوجه الاول : الاجماع وفيـه ان الاجماع المدعى في المقام يحتمل كونه مدركياً فلايترتب عليه اثر .

الوجه الثاني : ان التأبيد معتبر في مفهوم الوقف وفيه انه ليس الامر كذلك وان الوقف على قسمين بل لايبعد اطلاق الوقف على المنقطع في بعض النصوص

الوجه الثالث: الوقوف الصادرة عن بعض الائمة عليهم السلام لاحظ خبري عجلان (* ١) وربعى (* ٢) ولاحظ حديث عبد الرحمن (* ٣) .

بتقريب : ان المستفاد من هـذه النصوص ان التأبيد مقوم للوقف حيث انـه وصف به او باطلاقه يكون ظاهراً في المؤبد وفيه ان هذا التقريب لايثبت المدعى اذ يمكن أن يكون الوقف على قسمين وهم عليهم السلام اختاروا احد القسمين وبعبارة اخرى : لايستفاد من هذه الروايات ان الوقف منحصر بالمؤبد .

الوجه الرابع : لزوم الاقتصار على القدر المعلوم وكون الوقف مشروعاًفي غير المؤبد اول الكلام والاشكال وفيه انه يكفى دليلا للصحة النصوص (* ٤) الدالة على أن الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها ويمكن الاستدلال على الصحة بما رواه الصفار قال :كتبت الى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الـذي

---

١ و٢) لاحظ ص : ٤٤١ و٤٤٢

٣) لاحظ ص : ٤٤٢

٤) لاحظ ص : ٤٣٩

والظاهر عدم صحته حبساً[١].

(مسألة ١٤) : اذا وقف على من ينقرض كما اذا وقف على اولاده واولاد اولاده صح وقفاً[٢] فاذا انقرضوا رجع الى ورثة الواقف

يصح كيف هـو ؟ فقد روي ان الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة ، واذا كان موقتاً فهو صحيح ممضى ، قال قوم ان الموقت هو الذي يذكر فيه انه وقف على فلان وعقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين الى أن يرث الله الأرض ومن عليها وقال آخرون هذا موقت اذا ذكر انه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين الى أن يرث الله الأرض ومن عليها والذي هو غير موقت أن يقول : هذا وقف ولم يذكر احداً فما الذي يصح من ذلك ؟ وما الذي يبطل ؟ فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب مايوقفها ان شاء الله (*١) فان مقتضى اطلاق هذا الخبر تبعية الوقف للقصد ويصح على اي نحو قصده الواقف .

١) اذا المفروض ان الواقف قصد عنوان الوقف فلا وجه لتحققه حبساً وبعبارة اخرى : الامور الانشائية القصدية تابعة للقصد ان قلت : ليس الحبس الا الايقاف مدة والمفروض ان الواقف قصد هذا العنوان فيصح حبساً قلت : الوقف اخراج الملك عن النفس وادخاله في ملك الموقوف عليه والحبس لايكون اخراجاً للملك فكيف يصح الوقف حبساً ؟ فلاحظ .

٢) اذا قلنا بعدم اشتراط التأبيد فالأمر ظاهر فان المقتضي للصحة موجود والمانع مفقود فيحكم بالصحة كما في المتن وأما على القول باشتراط التأبيد في الوقف فيمكن أن يقال: ان عمدة الوجه في مستند الاشتراط هو الاجماع ولا اجماع في المقام وحيث لا اجماع في هذه الصورة فمقتضى القاعدة والصناعة الصحة .

(*١) الوسائل الباب ٧ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

حين الموت لاحين الانقراض فاذا مات الواقف عن والدين ومات احدهما قبل الانقراض وترك ولداً ثم انقرض الموقوف عليهم كانت العين الموقوفة مشركة بين العم وابن اخيه[١].

(مسألة ١٥) : لافرق فيما ذكرنا من صحة الوقف ورجوعه الى ورثة الواقف بين كون الموقوف عليه مما ينقرض وكونه مما لاينقرض غالباً فاتفق انقراضه[٢] نعم يستثنى من ذلك ما اذا ظهر من القرائن ان خصوصية الموقوف عليه ملحوظة بنحو تعدد المطلوب بأن كان الواقف قد انشأ التصدق بالعين وكونه على نحو خاص فاذا بطلت الخصوصية بقي اصل التصدق فاذا قامت القرينة على ذلك وانقرض الموقوف عليه لم يرجع الى الوارث أو ورثته بل يجب أن يتصدق به[٣].

---

١) الظاهر ان الوجه فيما أفاده ان الملك لايخرج بالوقف عن ملك الواقف الا في قطعة خاصة من الزمان كثلاث سنوات مثلا وباقي المدة يكون باقياً في ملك الواقف فاذامات الواقف ينتقل الى وارثه حين موته بمقتضى قانون الارث وبعبارة اخرى: لامقتضي لخروج الملك عن ملك الواقف أزيد من ذلك المقدار من الزمان فالزائد عليه يكون في ملكه وبموته ينتقل بالارث الى وارثه في ذلك الوقت فما أفاده في المتن متين فلاحظ .

٢) لعدم ما يقتضي التفصيل والتفريق فان الملاك وتقريب الاستدلال واحد في كلا المقامين فالأمر كما أفاده .

٣) أما على فرض انشاء الوقف هكذا فالأمر ظاهر اذ عليه تكون العين موقوفة مطلقاً وأما على تقدير قصد التصدق بعنوان الوصية فاللازم العمل بها بمقتضى

(مسألة ١٦) : اذا وقف عيناً على غيره وشرط عودها اليه عند الحاجة ففي صحته قولان والاظهر البطلان[1] .

(مسألة ١٧) : يشترط في صحة الوقف التنجيز فلو علقه على أمر مستقبل معلوم الحصول أو متوقع الحصول أو أمر حالي محتمل الحصول اذا كان لايتوقف عليه صحة العقد بطل فاذا قال : وقفت داري اذا جاء رأس الشهر او اذا ولدلي ذكر أو ان كان هذا اليوم يوم الجمعة بطل[2] واذا علقه على أمر حالى معلوم الحصول اومجهول

صحة الوصية وعلى كلا التقديرين لامقتضي للارث والله العالم .

١) لاحظ مارواه اسماعيل بن فضل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: من أوقف أرضاً ثم قال ان احتجت اليها فانا أحق بها ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث(*١) فان المستفاد من هذا الحديث ان الوقف بهذا النحو باطل ولذا لاأثر له ويكون المال موروثاً وينتقل الى الوارث بالارث فلاحظ .

٢) قال السيد اليزدي قدس سره في الملحقات : «الثالث التنجيز على المشهور بل في الجواهر بلا خلاف ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه لكن في الحدائق لم اقف عليه في جملة من كتب المتقدمين منها كتاب النهاية للشيخ والمبسوط والسرائر وكذا المقنعة للمفيد فلو علق على شرط كقدوم زيد اوصفة كمجيىء رأس الشهر لم يصح ولا دليل عليه بالخصوص كما اعترف به صاحب المسالك وحينئذ فان تحقق الاجماع فهو والا فهو مشكل نعم ادعى صاحب الجواهر ان ظاهرمادل على تسبيب الأسباب ترتب آثارها حال وقوعها وهو ايضاً مشكل فالأحوط مراعاة الاحتياط هذا ولو علق على أمر محقق الوقوع حال الانشاء مع العلم به كمااذا

---

١) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ حديث : ٥٩

الحصول اذا كان يتوقف عليه صحة العقد كما اذا قال زيد : وقفت داري ان كنت زيداً او وقفت داري ان كانت لي صح [١] .

(مسألة ١٨) : اذا قال هـذا وقف بعد وفاتي بطل الا أن يفهم منه الوصية بالوقف فيجب العمل بها فيوقف بعده [٢] .

(مسألة ١٩) : يشترط في صحة الوقف اخراج الواقف نفسه عن الوقف فاذا وقف على نفسه بطل [٣]

قال وقفت ان كان هذا يوم الجمعة مع العلم بأنه يوم الجمعة صح بل لاينبغي الاشكال وان نقل عن بعض بطلانه ايضاً لأنه بصورة التعليق بل لو لم يعلم ايضاً فالظاهر الصحة فلو قال وقفت على اولاد زيد ان كانوا اعدو لامع عدالتهم وعدم علمه بذلك فانه لم يتأخر الأثر حينئذ » (* ١) الى آخر كلامه زيد في علو مقامه .

وصفوة القول: انه لادليل على الاشتراط المذكور الا أن يتم الاجماع التعبدي الكاشف وعلى فرض تحققه لابد من الاقتصار على المقدار المعلوم منه نعم الاحتياط طريق النجاة .

١) اذ لااجماع في هذه الصورة .

٢) والوجه فيه ان العين تنتقل بعد وفاة الواقف الى الورثة ولا مجال لوقفه من قبل المالك الا أن يرجع الى الوصية بالوقف كما في المتن .

٣) ادعي عليه الاجماع ويمكن الاستدلال على المدعى بأن الوقف نقل العين الى الموقوف عليه وبعبارة اخرى: الوقف نقل الملك عن ملك الواقف الى ملك الموقوف عليه ومن الظاهر عدم تعقل نقل الملك عن النفس الى النفس فلا يعقل الوقف على النفس كي يتكلم في صحته وفساده .

---

١) ملحقات العروة ج ١ ص ١٩٦

واذا قال داري وقف علي وعلى أخي مثلا على نحو التشريك بطل الوقف في نصف الدار[١] واذا كان على نحو الترتيب بأن قصد الوقف على نفسه ثم على غيره كان الوقف من المنقطع الاول فيبطل مطلقاً[٢] وان قصد الوقف على غيره ثم على نفسه بطل بالنسبة الى نفسه فقط وكان من الوقف المنقطع الاخر[٣] وان قال هي وقف على

وأفاد السيد اليزدي قدس سره اولا: ان الوقف ايقاف لا تمليك وثانياً: لا مانع من تبديل ملكية بملكية اخرى عليه بنحو آخر (* ١).

وفي كلا الجوابين اشكال أما ما أفاده اولا فان الوقف اخراج عن الملك ولذا يقال: ان العين الموقوفة ملك للموقوف عليه واختيارها بيد الموقوف عليه وتنتقل العين من الطبقة السابقة الى الطبقة اللاحقة وأما ما أفاده ثانياً فيرد عليه: ان الوقف اخراج للعين عن الملك وكيف يمكن اخراجها مع عدم دخوله في ملك الغير؟ نعم في المسجد تحرير وان شئت قلت: الوقف اخراج للملك لا تبديل وكم فرق بين الأمرين.

١) بتقريب ان المقتضي للصحة في النصف تام فيصح فيه ولكن لقائل أن يقول: انه لو أراد الواقف المقيد بما هو مقيد لا يتم التقريب المذكور بل يكون مقتضى القاعدة البطلان مطلقاً.

٢) أما بالنسبة الى الأول فلما ذكر من تقريب البطلان وأما بالنسبة الى الثاني فلما تقدم من بطلان الوقف بعد الموت الا أن يرجع الى الوصية.

٣) أما الصحة في الأول فلما تقدم من صحة الوقف كذلك وأما البطلان في الثاني فلما مر من كونه فاسداً.

---

١) ملحقات العروة ج ١ ص ١٩٧

أخي ثم على نفسي ثم على شخص آخر بطل الوقف بالنسبة الى نفسه والشخص الاخر وكان من الوقف المنقطع الوسط[١].

(مسألة ٢٠) : اذا وقف على أولاده واشترط عليهم وفاء ديونه من مالهم عرفية كانت الديون أم شرعية كالزكاة والكفارات المالية صح[٢] بل الظاهر صحة الوقف اذا اشترط وفاء ديونه من حاصل الوقف ايضاً[٣].

(مسألة ٢١): اذا وقف على جيرانه واشترط عليهم أكل ضيوفه

---

١) أما الصحة في الأول فلما تقدم من تقريب الصحة وأما الفساد في الثاني فلما ذكر من تقريب الفساد وأما الفساد في الثالث فلبطلان التعليق .

٢) الظاهر ان الوجه في الصحة دليل صحة الشرط فان مقتضاه صحة الشرط مالم يكن مخالفاً مع الشرع فيصح الوقف مع الشرط المذكور على فرض قبول الموقوف عليهم ولا اشكال في أن الاشتراط المذكور لاينافي الوقف فما أفاده في الحدائق من منافاته للوقف (*١) ليس في محله وعلى الجملة ان الصور المفروضة خارجة عن الوقف على النفس فلاوجه لفساده ولكن يشكل الأمر بالنسبة الى الطبقة اللاحقة التي لم تكن طرفاً للشرط اذلامقتضي لوجوب العمل عليهم بالشرط المذكور لأن المفروض عدم الاشتراط معهم نعم يمكن أن يتصور على نحو يحصل مطلوب الواقف بأن يقف على من يقوم بهذه المهمة كما لـو وقف على من يصلي صلاة الليل فمن لايصلي صلاة الليل لايكون مصداقاً للموقوف عليه .

٣) الظاهر انما أفاده تام اذ حاصل الوقف ملك لهم فلامانع من هذا الاشتراط معهم فلاحظ .

---

١) الحدائق ج ٢٢ ص : ١٦٠

أو القيام بمؤنة اهله واولاده حتى زوجتــه صح واذا اشترط عليهم نفقة زوجته الواجبة عليه من مالهم صح بل الظاهر الصحة مع اشتراطها من حاصل الوقف ايضاً[١].

(مسألة ٢٢) : اذا وقف عيناً له على وفاء ديونه العرفية والشرعية بعد الموت ففي صحته كما قيل اشكال بل الاظهر البطلان وكذا في ما لو وقفها على اداء العبادات عنه بعد الوفاة[٢].

(مسألة ٢٣) : اذا اراد التخلص من اشكال الوقف على النفس يملك العين لغيره ثم يقفها غيره على النهج الذي يريد من ادرار مؤنته ووفاء ديونه ونحو ذلك[٣] ويجوز له أن يؤجرها مــدة ويجعل لنفسه خيار الفسخ وبعــد الوقف يفسخ الاجارة فترجع المنفعة اليه لا الى الموقوف عليهم[٤]

---

١) الكلام في هذا الفرع هو الكلام وتقريب الاستدلال على الصحة هو التقريب فلا وجه للاعادة .

٢) ان لم يرجع الى الوصية يشكل الجواز اذ بالموت ينتقل ما تركه الميت الى الوارث فلا مجال لتحققه وقفاً بل يمكن أن يقال : انه مــن مصاديق الوقف على النفس وقد مر بطلانه الا أن يقال ان الموقوف عليــه الجهة الخاصة فيكون خارجاً عن الوقف على النفس .

٣) اذ بهذه الوسيلة لا يتوجه الاشكال مع حصول النتيجة المطلوبة .

٤) اذ المفروض صحة الاجارة كمــا ان مقتضى القاعدة صحة الوقف فبعد الفسخ يكون مالكاً للمنفعة مع كون العين موقوفة .

بل لا يبعد صحة وقف العين مع اشتراط بقاء منافعها على ملكيته مدة معينة كسنة أوغير معينة مثل مدة حياته[١].

(مسألة ٢٤) : يجوز انتفاع الواقف بالعين الموقوفة في مثل المساجد والقناطر والمدارس ومنازل المسافرين وكتب العلم والزيارات والادعية والابار والعيون ونحوها مما لم يكن المنفعة معنونة بعنوان خاص مضاف الى الموقوف عليه بل قصد مجرد بذل المنفعة واباحتها للعنوان العام الشامل للواقف[٢] اما اذا كان الوقف على الانحاء الاخر مع كون الموقوف عليه عنواناً كلياً عاماً ففي جواز مشاركة الواقف اشكال والاظهر الجواز[٣].

---

١) بتقريب ان الواقف مالك للعين ولمنافعها واختيار العين بيده فله أن يقف العين مسلوبة المنفعة مدة معينة أو غير معينة ودليل الوقف باطلاقه يشمل مفروض الكلام .

لكن الذي يختلج بالبال : انه مخصوص بالمنفعة المملوكة بالفعل وأما مالا لايكون مملوكا له فلا يجري هذا التقريب الا أن يقال لامصداق له فلاحظ .

٢) اذ المفروض ان العين الموقوفة لاتكون مملوكة للعنوان بل الموقوف عليه تلك الجهة فيكون الواقف كبقية الأفراد في جواز الانتفاع وبعبارة اخرى : لايكون الوقف لجماعة خاصة كي يقال : لايجوز للواقف بل الموقوف عليه تلك الجهة .

٣) والوجه في الاشكال شبهة كون الوقف المذكور من مصاديق الوقف على النفس فلا يجوز ولكن الشبهة واهية اذ الواقف يخرج العين عن ملكه ويدخلها في ملك العنوان الجامع فلا يكون داخلا في الوقف على النفس فالأظهر الجواز

(مسألة ٢٥): اذاتم الوقف كان لازماً لايجوز للواقف الرجوع فيه[١] وان وقع في مرض الموت لم يجز للورثة رده وان زاد على الثلث[٢]

فصل في شرائط الواقف

(مسألة ٢٦) : يعتبر في الواقف أن يكون جائزا التصرف بالبلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لسفه اورق اوغيرهما[٣] فلا يصح وقف الصبي وان بلغ عشراً[٤] نعم اذا أوصى بأن يوقف ملكه بعد وفاته على وجوه البر والمعروف لارحامه وكان قد بلغ عشراً وعقل نفذت

كما في المتن .

١) ما أفاده على طبق القاعدة الأولية فان الخيار وجواز الرجوع يحتاج الى الدليل وبعبارة اخرى : بعد فرض تحقق الوقف وصحته كما هو المفروض تكون العين خارجة عن ملك الواقف وداخلة في ملك الموقوف عليه ومن ناحية اخرى لايجوز التصرف في الوقف فعدم الجواز ولزومه بعد تحققه امر واضح ظاهر وعلى المدعي للخلاف اقامة الدليل والله العالم بحقايق الأمور .

٢) اذ قد حقق في محله صحة منجزات المريض ولو في الزائد عن الثلث فلاوجه لاشتراطه باجازة الوارث والتفصيل موكول الى مجال آخر .

٣) فان هذه الامور شرائط عامة في جميع العقود والايقاعات وقد تعرضنا لأدلة الاشتراط في جملة من المباحث السابقة ولا نعيد .

٤) يظهر من كلماتهم ان المسألة ذات قولين واستدل على الجواز بجملة من النصوص منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز في ماله ما أعتق أو تصدق أو اوصى على حد معروف وحق

فهو جايز (* ١) وهذه الرواية ضعيفة سنداً بموسى بن بكر .

ومنها ما رواه جميل عن احدهما عليهما السلام قال : يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتلم (*٢) وسند هذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ الى علي بن الحسن بن فضال .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبيعبدالله عليه السلام قال سئل عن صدقة الغلام مالم يحتلم قال : نعم اذا وضعها في موضع الصدقة (*٣) والكلام في سند الحديث هو الكلام في سابقه .

ومنها ما رواه الحسن بن راشد عن العسكري عليه السلام قال اذا بلغ الغلام ثماني سنين فجايز أمره في ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود واذا تم للجارية سبع سنين فكذلك (* ٤) .

وهذه الرواية ضعيفة سنداً أيضاً فلامجال للاستناد الى هذه النصوص في اثبات المدعى بعد عدم اعتبار اسنادها مضافاً الى أن الظاهر منها جواز صدقته وشمول الصدقة للوقف اول الكلام والاشكال واستعمال الصدقة في الوقف في جملة من الموارد اعم من الحقيقة كما هو ظاهر .

وأما النصوص الدالة على جواز وصيته بعد بلوغه عشراً منها ما رواه أبو بصير يعني المرادي عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: اذا بلغ الغلام عشر سنين واوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته واذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (* ٥) .

---

١ و٢) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ١ و٢

٣) نفس المصدر الحديث : ٣

٤) نفس المصدر الحديث : ٤

٥) الوسائل الباب ٤٤ من ابواب الوصايا الحديث : ٢

وصيته كما تقدم[١] واذا وقف باذن الولي وكان مصلحة ففي بطلانه اشكال والاظهر الصحة[٢].

(مسألة ٢٧) : يجوز للواقف جعل الولاية على العين الموقوفة لنفسه[٣]

ومنها ما رواه عبدالرحمن بن أبيعبد لله عن أبي عبدالله عليه السلام قال اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته (* ١).

ومنها مارواه زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال: اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق أو تصدق أو اوصى على حد معروف وحق فهو جائز (* ٢)، فلا مجال للاستناد اليها في اثبات المدعى اذ المفروض ان موردها الوصية والكلام في المقام في الوقف فلاحظ.

١) وقد تقدم شرح كلام الماتن فراجع ما ذكرناه هناك.

٢) قد تعرضنا سابقاً ان مقتضى بعض النصوص انعمد الصبي كخطائه لاحظ ما رواه ابن مسلم عن أبيعبدالله عليه السلام: قال عمد الصبي وخطاه واحد(*٣) فلا اثر لانشائه ولو مع اذن الولي والله العالم.

٣) ما يمكن أن يستدل به وجوه: الوجه الاول: الاجماع فانه نقل عن المختلف الاجماع على المدعى. ومن الظاهر ان الاجماع المنقول لااعتبار به كما حقق في محله وأما الاجماع المحصل فهل يمكن تحققه؟ سيمامع نقل الخلاف عن ابن ادريس وعلى فرض تحققه هل يمكن الاستناد اليه مع احتمال كونه مدركياً ومستنداً الى الوجوه المذكورة في المقام.

---

١) نفس المصدر الحديث : ٣

٢) نفس المصدر الحديث : ٤

٣) الوسائل الباب ١١ من ابواب العاقلة الحديث : ٢

ولغيره على وجه الاستقلال(١)

الوجه الثاني : الأصل ولم يعلم المراد منه فان مقتضى الأصل عدم الاعتبار .

الوجه الثالث : عموم وجوب الوفاء بالشرط لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عزوجل فلا يجوز (* ١) .

وفيه ان دليل الشرط كما ذكرنا في محله لايكون مشرعاً فمع الشك في الجواز لامجال للاستناد اليه .

الوجه الرابع : عموم وجوب الوفاء بالعقد المستفاد من قوله تعالى اوفوا بالعقود (* ٢) وفيه انا ذكرنا سابقاً ان دليل وجوب الوفا بالعقد دال على اللزوم بعد الفراغ عن الصحة ولا يكون دليلا على الصحة .

مضافاً الى أن اطلاق العقد على مطلق العهد اول الكلام والاشكال .

الوجه الخامس عموم دليل ان الوقف على حسب ما أوقفها اهلها لاحظ ما رواه محمد بن الحسن الصفار انه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي عليهما السلام في الوقف وما روي فيه عن آبائه عليهم السلام فوقع عليه السلام الوقف تكون على حسب ما يوقفها اهلها انشاء الله (* ٣) بتقريب ان جعل الوقف بيد الواقف فله أن يقف مملوكه على هذا النحو ولايبعد تمامية هذا الوجه .

الوجه السادس: السيرة الخارجية الممضاة فان السيرة جارية على جعل الولاية للواقف على العين الموقوفة فلاحظ .

١) يمكن الاستدلال على جواز الولاية للغير مضافاً الى الوجوه المتقدمة

---

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث : ٢

٢) المائدة/١

٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ١

والاشتراك[١] كما يجوز له ايضاً جعل الناظر على الولي بمعنى المشرف عليه أو بمعنى المرجع له في النظر[٢] ولا فرق في المجعول له الولاية والنظارة بين العادل والفاسق[٣] نعم اذا خان ضم اليه الحاكم الشرعي من يمنعه عنها[٤]

ببعض النصوص وهو ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال بعث الي بهذه الوصية أبو ابراهيم هذا ما أوصى به وقضى في ماله عبدالله علي ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة ويصرفني به عن الى أن قال وانه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف وينفقه حيث يريد الله في حل محلل لاحرج عليه فيه فان أراد ان يبيع نصيباً من المال فيقضي به الدين فليفعل ان شاء لاحرج عليه فيه وان شاء جعله شروى «سروى» الملك وان ولد علي وأموالهم الى الحسن بن علي ان كان دار الحسن غير دار الصدقة فبداله أن يبيعها فليبعها ان شاء لاحرج عليه فيه وان باع فانه يقسمها ثلاثة اثلاث فيجعل ثلثاً في سبيل الله ويجعل ثلثاً في بني هاشم وبني المطلب ويجعل ثلثاً في آل أبي طالب وانه يضعه حيث يريد الله وان حدث بحسن بن علي حدث وحسين حي فانه الى حسين بن علي (* ١) فانه يستفاد من هذه الرواية جواز الولاية للغير .

١) لوحدة الملاك .

٢) فانه من انحاء الوقف فيشمله دليل ان الوقوف على حسب ما أوقفها اهلها مضافاً الى السيرة الخارجية فانها جارية على جعل الناظر على النحوين المذكورين وهو الاستصوابي وغيره فلاحظ .

٣) كما عليه السيرة ولا دليل على اشتراط العدالة فيه .

٤) اذ الحاكم هو المرجع العام في الامور الحسبية .

---

١) الوسائل الباب ١٠ من الوقوف الحديث : ٤

فان لم يمكن ذلك عزله[١].

(مسألة ٢٨) : يجوز للمجعول له الولاية أو النظارة الرد وعدم القبول[٢] بل لا يبعد جواز الرد بعد القبول ايضاً[٣]

(مسألة ٢٩) : يجوز أن يجعل الواقف للولي والناظر مقداراً معيناً من ثمرة العين الموقوفة أو منفعتها سواء أكان أقل من اجرة المثل أم اكثر أم مساوياً[٤] فان لم يجعل له شيئاً كان له اجرة المثل ان كان لعمله اجرة[٥] الا أن يظهر من الواقف قصد المجانية[٦].

(مسألة ٣٠) : اذا لم يجعل الواقف ولياً على الوقف كانت الولاية عليه للحاكم الشرعي[٧] نعم اذا كان الوقف على نحو التمليك

---

١) اذ مع عدم الامكان لامناص عن قطع يده وطرده وربما يقال : انه بنفسه ينعزل ولا وجه له اذ مع اطلاق الجعل لاوجه للانعزال بنفسه بل يتوقف على عزله فلاحظ .

٢) لعدم دليل على وجوب القبول فلا يجب عليه القبول .

٣) بل يبعد فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد لزومه وعدم جواز الفسخ .

٤) فان الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها مضافاً الى السيرة الجارية الخارجية فاذا قبل المتولي او الناظر يتعين .

٥) لاحترام عمل العامل فله اجرة المثل .

٦) اذ مع عدم جعل الواقف الأجرة لامقتضي للأعطاء وبعبارة اخرى : اذا قبل المتولي أو الناظر مع فرض قصد المجانية لايكون للعمل احترام كما هو ظاهر .

٧) لأنه من الامور الحسبية فأمره راجع الى الحاكم الشرعي .

وكان خاصا كانت الولاية عليه للموقوف عليه فاذا قال : هذه الدار وقف لاولادي ومن بعدهم لاولادهم وهكذا فالولاية عليها وعلى منافعها تكون للاولاد[1] واذا لم يكن الوقف خاصاً او كان ولم يكن على نحو التمليك بأن كان على نحو الصرف وغيره من الانواع فالولاية للحاكم الشرعي[2].

(مسألة ٣١) : اذا جعل الواقف ولياً أو ناظراً على الولي فليس له عزله[3] نعم اذا فقد شرط الواقف كما اذا جعل الولاية للعدل ففسق أو للارشد فصار غيره أرشد أو نحو ذلك انعزل بذلك بلا حاجة الى عزل[4].

(مسألة ٣٢) : يجوز للواقف أن يفوض تعيين الولي على الوقف الى شخص بعينه وأن يجعل الولاية لشخص ويفوض اليه

---

١) لأن المفروض كون الوقف ملكا للأشخاص الموجودين في الخارج ومع وجود المالك لاتصل النوبة الى الحاكم وبعبارة اخرى : الحاكم ولي في مورد عدم الولي ومع وجوده لاموضوع لولايته .

٢) اذ على كلا التقديرين لاولي للوقف فالولابة للحاكم الشرعي .

٣) اذ لادليل على جواز عزله من قبله فان العين الموقوفة بعد تمامية الوقف لاترتبط بالواقف كما أن المتولي بعد جعل الولاية له من قبل الواقف له الولاية الشرعية وجواز عزله يحتاج الى الدليل وكذلك الكلام في الناظر فالأمر كما أفاده .

٤) فان الولاية مجعولة للعادل على الفرض فالفاسق خارج عن تلك الدائرة

تعيين من بعده [١].

مسألة ٣٣) : اذا عين الواقف للمولي (المجعول له) الولاية جهة خاصة اختصت ولايته بتلك الجهة [٢] وكان المرجع في بقية الجهات الحاكم الشرعي [٣] وان أطلق له الولاية كانت الجهات كلها تحت ولايته فله الاجارة والتعمير واخذ العوض ودفع الخراج وجمع الحاصل وقسمته على الموقوف عليهم وغير ذلك مما يكون تحت ولاية الولي [٤] نعم اذا كان تعارف تنصرف اليه الولاية اختصت بذلك التعارف [٥].

(مسألة ٣٤) : لايشترط في الواقف الاسلام فيصح وقف الكافر على الاقوى [٦].

وان شئت فقل : ان خروج فاقد الشرط موضوعي وبالتخصص .

١) اذ المفروض ان الأمر بيده ولا فرق في تعيين المتولي بين أقسامه وهذا احد اقسامه .

٢) كما هو ظاهر فان دائرة المجعول سعة وضيقاً بمقدار الجعل فلابد من ملاحظته والاقتصار على مقداره فلاحظ .

٣) فان الحاكم الشرعي ولي في الامور العامة فله الولاية .

٤) كما هو ظاهر فان الولاية بمقدار الجعل والمفروض اطلاقه .

٥) فان التعارف بنفسه قرينة على المراد .

٦) لعدم اشتراط قصد القربة في الوقف كي يقال: لايتمشي قصد القربة من الكافر ولذا يجوز وقف المخالف مع عدم صحة العبادات الا مع الولاية فمقتضى اطلاق

فصل في شرائط العين الموقوفة

(مسألة ٣٥) : يعتبر في العين الموقوفة أن تكون عيناً موجودة فلا يصح وقف الدين ولا وقف الكلي ولا وقف المنفعة فاذا قال : وقفت ما هو لي في ذمة زيد من فراش او اناء او نحوهما أو قال وقفت فرساً أو عبداً من دون تعيين أو قال وقفت منفعة داري لم يصح في الجميع [١] .

(مسألة ٣٦) : يعتبر أن تكون العين مملوكة أو بحكمها فلا يصح وقف الحر والمباحات الاصليه قبل حيازتها [٢] ويجوز وقف ابل الصدقة وغنمها وبقرها اذا كان الواقف مالك العين الزكوية [٣]

الأدلة جوازه حتى من الكافر فلاحظ .

١) اذ مشروعيةالوقف تحتاج الى الدليل المعتبر ولا دليل على صحةالوقف الا فيما يتعلق بالعين المعينة الخارجية مضافاً الىأن وقف الكلي أو الشخصيغير المعين أو المنفعة غير معهود فلا يكون صحيحاً .

٢) اذ لادليل على جواز وقف المباح الأصلي فعدم الجواز مطابق للأصل كما ان وقف مملوك الغير على خلاف القاعدة الأولية فلابد من كون الموقوف عيناً مملوكة للواقف أو يكون كالمملوك اى يكون اختياره بيده .

٣) لم يظهر لي مراد الماتن من قوله « اذاكان الواقف مالك العينالزكوية» اذالمالك للعين الزكوية لايتصورالا بأحد نحوين أحدهما: من يكون الزكاةواجبة عليه وتكون الزكاة متعلقة بماله .

أو الحاكم الشرعي [١] .

(مسألة ٣٧) : يعتبر أن تكون العين مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها فلا يصح وقف الاطعمة والخضر والفواكه مما لانفع فيه الا باتلاف عينه [٢] وأن تكون المنفعة محللة فلا يصح وقف آلات اللهو وآلات القمار والصلبان ونحوها مما يحرم الانتفاء بها وأن تكون المنفعة المقصودة بالوقف محللة فلايصح وقف الدابة لحمل الخمر والخنزير [٣] .

(مسألة ٣٨) : لايعتبر في انشاء الوقف أن تكون العين مما يمكن قبضها حال الوقف فاذا وقف العبد الابق أو الجمل الشارد

ثانيهما : من تملك الزكاة باخذها أما النحو الاول فلا يكون المكلف مالكاً للزكاة وليس له الولاية عليها فكيف يقفها وأما النحو الثاني فالاخذ للزكاة مالك لها لافي حكم المالك اللهم الا أن يكون مراده ان من تجب عليه الزكاة يصح أن يقف العين الزكوية اذ جعله وقفاً من وجوه الخير فله أن يقف وبالوقف يخرج عن عهدة تكليفه .

١) فان الحاكم الشرعي له الولاية على المال الزكوي فمع تمامية الجهات يجوز له أن يقف العين الزكوية والله العالم .

٢) فان الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة فلا تتحقق الا مع قابلية بقاء العين وامكان الانتفاع بمنفعتها .

٣) كما هو ظاهر واضح اذ مع حرمة الانتفاع لايمكن أن يكون الوقف صحيحاً وبعبارة اخرى لايكون الوقف مقتضياً لصيرورة المحرم محللا .

أو الطير الطائر وتحقق القبض بعده صح الوقف [١] .

(مسألة ٣٩): لااشكال في صحة وقف الثياب والاواني والفرش والدوروالبساتين والاراضي الزراعية والكتب والسلاح والحيوانات اذا كان ينتفع بهـا في الركوب أو الحمل أو اللبن أو الوبر والشعر والصوف أو غير ذلك وكـذا غيرهـا مماله منفعة محللة [٢] ويجوز وقف الدراهم والدنانير اذا كان ينتفع بهـا في التزيين [٣] وأماوقفها لحفظ الاعتبار ففيه اشكال [٤] .

(مسألة ٤٠) : المراد من المنفعة اعم من المنفعة العينية مثل الثمر واللبن ونحوهمـا والمنفعة الفعلية مثـل الركوب والحرث والسكنى وغيرها [٥] .

---

١) اذ قد تقدم انه لاتشترط الفورية في القبض فلوتحقق القبض ولو بعدمدة صح الوقف فلاحظ .

٢) اذ المقتضي للصحة موجود والمانع عنها مفقود فلا وجه للتوقف .

٣) الكلام فيها هو الكلام .

٤) لم يظهر لي وجه الأشكال قال السيد اليزدي قدس سره في ملحقات العروة في المسألة الخامسة : « الأقوى جواز وقف الدراهم والدنانير لأمكان الانتفاع بها مع بقاء عينها بمثل التزيين وحفظ الاعتبار كما يجوز عاريتها كما يظهر من بعض الأخبار فالقول بعدم الجواز ضعيف » (* ١) انتهى والظاهر ان ما أفاده لابأس به والله العالم .

٥) كما هوظاهر فان المنفعة على قسمين ولامخصص لأدلة الوقف كما أن السيرة

---

١) ملحقات العروة ج ١ ص : ٢٠٦

(مسألة ٤١) : لا يشترط في المنفعة أن تكون موجودة حال الوقف فيكفي أن تكون متوقعة الوجود في المستقبل مثل وقف الشجرة قبل ان تثمر ووقف الدابة الصغيرة قبل أن تقوى على الركوب أو الحمل عليها [١] .

فصل في شرائط الموقوف عليه

(مسالة ٤٢) : يشترط في الموقوف عليه امور الاول : التعيين فاذا وقف على المردد بين شيئين او الاشياء مثل احد المسجدين او احد المشهدين اواحد الولدين لم يصح [٢] نعم اذا وقف على الجامع بين امرين او امور صح [٣] الثاني : أن يكون موجوداً حال الوقف فلا يصح الوقف على المعدوم حاله سواء كان موجوداً قبل ذلك كما اذا وقف على زيد الذي مات أو يوجد بعد الوقف مثل أن يقف على ولده الذي سيولد [٤] وأما اذا كان حملاً لم ينفصل حين الوقف

الخارجية لافرق فيها فلاحظ .

١) لعدم دليل على الاشتراط المذكور ومقتضى اطلاق ادلة الوقف العموم وعدم الاختصاص كما انه يبعد جريان السيرة الخارجية على العموم فلاحظ .

٢) فان المردد لاواقع له فلا مجال لكون الوقف عليه صحيحاً فلاحظ .

٣) كما هو ظاهر فان كثيراً من الأوقاف على الجامع الذي تكون له مصاديق .

٤) ما يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجوه : الوجه الأول : الاتفاق كما يظهرّ من كلام صاحب الحدائق قدس سره .

ففي بطلان الوقف تأمل[١] نعم اذا وقف على المعدوم تبعاً للموجود كما اذا وقف على اولاده ثم على اولادهم ثم على اولاد اولادهم وهكذا صح[٢].

(مسألة ٤٣): اذا وقف على اولاده الموجودين ثم على من سيوجد على أن يكون بعد وجوده مقدماً على الموجودين فالظاهر الصحة[٣] الثالث: أن لا يكون الوقف عليه على نحو الصرف في المعصية كالصرف في الزنا وشرب الخمر ونسخ كتب الضلال

الوجه الثاني: أن الوقف تمليك والمعدوم غير قابل لكونه مالكاً وان علق على وجوده في ظرفه يكون معلقاً والتعليق باطل في الوقف. الوجه الثالث: عدم الدليل عليه فانه اى دليل دل على جواز الوقف على المعدوم.

١) بتقريب ان الحمل في حكم المعدوم والمعدوم غير قابل لأن يملك ويمكن أن يرد عليه بأنه قابل لأن يملك اللهم الا أن يقال: بأن عدم تملكه اجماعي ويمكن أن يستدل على المدعى بعدم دليل يدل بعمومه او اطلاقه على الصحة في المقام.

٢) بلا كلام ولا اشكال فان السيرة الخارجية جارية عليه مضافاً الى النص الخاص لاحظ ما رواه عجلان أبو صالح قال أملى ابوعبدالله عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان وهو حي سوي بداره التي في بني فلان بحدودها صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها وارث السماوات والأرض وانه قد أسكن صدقته هذه فلاناً وعقبه فاذا انقرضوا فهي على ذي الحاجة من المسلمين(١)

٣) لوجود المقتضي وعدم المانع وبعبارة اخرى: مقتضى اطلاق كون الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها جوازه فلاحظ.

---

١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث: ٣

ونشرها وتدريسها وشراءآلات الملاهى ونحو ذلك [١] .

(مسألة ٤٤) : يجوز وقف المسلم على الكافر [٢] .

---

١) كما هو ظاهر اذ لايعقل ان الشارع ينهى عن امورومع ذلك يجعل الوقف باعتبار تلك الامور مشروعاً وصحيحاً فانه جمع بين الضدين .

٢) لوجود المقتضي وعدم المانع فان قوله عليه السلام : « الوقوف على حسب ما يقفها اهلها انشاء الله » (* ١) ، باطلاقه يشمل المقام وربما يقال : ان قوله تعالى لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آبائهم (* ٢) ، يقتضي عدم الصحة للنهي عن مودة من حاد الله ومثله قوله تعالى ايضاً يا ايها الذين آمنوا لاتتخذوا عدوي وعدوكم اولياء تلقون اليهم بالمودة (* ٣) .

واجاب السيد اليزدي قدس سره في ملحقات عروته بأن المنهي عنه المودة معهم من حيث كونهم يحادون الله فلا ترتبط الاية بالمقام ويرد عليه انه لادليل على التقييد بل مقتضى الاطلاق عموم الحكم .

ولكن يمكن الجواب عن الاستدلال بالاية اولاً بأن المستفاد من قوله لاينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين (*٤) أن المنهي عنه الموادة مع جماعة خاصة من الكفار لامطلقاً بل صرح في الاية الشريفة بعدم النهي عن الموادة على نحو العموم وثانياً : ان النهي عن الموادة تكليفي وغايته اقتضائه حرمة الوقف عليهم لكن

---

١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

٢) المجادلة/٢٢

٣) الممتحنة/١

٤) الممتحنة/٨

. . . .

لامنافاة بين حرمة الوقف تكليفاً وصحته وضعاً .

مضافاً الى مايقتضي موادتهم ولو في الجملة لاحظ قوله تعالى «وان جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً(١)

وقوله تعالى ايضاً ووصينا الانسان بوالديه احسانا حملته امه كرهاً ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلثون شهراً حتى اذا بلغ اشده وبلغ اربعين سنة قال رب اوزعني أن اشكر نعمتك التي انعمت علي وعلى والدي (* ٢) .

ولاحظ ما رواه مصادف قال كنت مع أبي عبدالله عليه السلام فيما بين مكة والمدينة فمررنا على رجل في اصل شجرة وقد القى بنفسه فقال : مل بنا الى هذا الرجل فاني اخاف أن يكون قد أصابه عطش فملت اليه فاذا رجل من القراشين طويل الشعرفسأله اعطشان أنت ؟ فقال: نعم فقال لي انزل يامصادف فاسقه فنزلت وسقيته ثم ركبت وسرنا فقلت هذا نصراني أفتصدق على نصراني؟ فقال : نعم اذا كانوا في مثل هذه الحال (* ٣) .

ولاحظ الباب ٤٩ من ابواب الصدقةمن الوسائل الى غير ذلك من النصوص الدالة باطلاقها أو عمومها على جواز الاحسان على الكافر والله العالم .

وأما ما في بعض الكلمات من عدم الجواز لاشتراط الوقف بقصد القربة ولا يمكن قصد التقرب في الوقف على الكافر فنقول: على فرض تسليم عدم امكان قصد القربة وتسلمه ، يرد على الاستدلال انه لادليل على اشتراط الوقف بقصد القربة بل يصح ولو مع عدم قصد القربة ولذا قلنا انه لامنافاة بين كونه حراماًوبين كونه صحيحاً .

---

١) لقمان/١٥

٢) الاحقاف/١٥

٣) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الصدقة الحديث : ٣

(مسألة ٤٥ : يجوز الوقف على المملوك قناً كان أم كان غيره على نحو التمليك [١] أم الصرف [٢] .

(مسألة ٤٦) : اذا وقف على مالا يصح الوقف عليه وما يصح على نحو التشريك بطل بالنسبة الى حصة الاول وصح بالنسبة الى حصة الثاني [٣] وان كان على نحو الترتيب فان كان الاول مقدماً فالاقوى بطلانه رأساً وان كان مؤخراً كان من المنقطع الاخر فيصح فيما يصح الوقف عليه ويبطل فيما بعده [٤] .

(مسألة ٤٧) : اذا وقف على ما يصح الوقف عليه ثم على ما لا يصح الوقف عليه ثم على ما يصح الوقف عليه كان من المنقطع الوسط فيصح في الاول ويبطل فيما بعده مطلقاً حتى في الاخير [٥] .

---

١) بناء على جواز تملك العبد فان مقتضى اطلاق دليل جواز الوقف جوازه على المملوك كما افاده الماتن .

٢) كما هو ظاهر فانه يجوز على نحو الصرف ولو على القول بعدم قابلية العبد لأن يكون مالكاً .

٣) يشكل ما أفاده اذا كان المقصود المقيد بما هو مقيد نعم اذا كان المقصود العموم الاستغراقي صح ما أفاده من البطلان بالنسبة والصحة كذلك .

٤) اذ المفروض بطلان الاول فيكون من مصاديق الوقف المنقطع الاول والمفروض بطلانه كما تقدم وأما في الصورة الثانية فلامانع من صحته بالنسبة الى الاول وبطلانه بالنسبة الى الثاني فان انقطاع الاخر لايوجب البطلان .

٥) أما الصحة في الاول فلوجود المقتضي وعدم المانع وأما البطلان في الثاني

(مسألة ٤٨) : اذا وقف على الزائرين او الحجاج او عالم البلد او نحو ذلك من العناوين العامة التى توجد لها افراد فى وقت ولا توجد فى وقت آخر صح وان لم يكن له فرد حين الوقف [1] .

فصل فى بيان المراد من بعض عبارات الواقف

(مسألة ٤٩) : اذا وقف مسلم على الفقراء او فقراء البلد فالمراد فقراء المسلمين واذا كان الواقف من الشيعة فالمراد فقراء الشيعة واذا كان كافراً فالمراد فقراء اهل دينه فان كان يهودياً فالمراد فقراء اليهود وان كان نصرانياً فالمراد فقراء النصارى وهكذا وكذا اذا كان سنياً فالمراد فقراء السنة واذا كان السنيون على مذاهب بحيث لا ينعطف بعضهم على بعض اختص بفقراء مذهب الواقف [2] .

فلفرض عدم جوازه وعدم تمامية الشرائط وأما البطلان في الثالث فلعدم جواز الوقف في فرض كونه منقطع الاول .

١) والوجه فيه انه لا اجماع على البطلان في المقام ومقتضى اطلاق دليل الصحة صحته مضافاً الى أن المالك في امثال المقام هو الكلي فلا يتوجه اشكال ان المعدوم غير قابل لكونه مالكاً فان الكلي قابل لأن يملك ولذا تكون العين الزكوية لكلي الفقير والخمس لكلي السيد ولو لم يكن فرد للكلي في الخارج بالفعل وصفوة القول انه لاريب في تمامية ما أفاده والله العالم .

٢) الانصاف ان الجزم بما افاده مشكل فان النفوس مختلفة والآراء متفاوتة فلا يمكن أن يلتزم بأن اهل كل ملة يكون قاصداً لخصوص فقراء تلك الملة فعلى

(مسألة ٥٠) : اذا وقف على الفقراء او فقراء البـلد أو فقراء بنى فـلان او الحجاج او الزوار او العلماء او مجالس العزاء لسيد الشهداء عليه السلام او خصوص مجالس البلد فالظاهر منه المصرف فلا يجب الاستيعاب وان كان الافراد محصورة نعـم اذا وقف على جميعهم وجب الاستيعاب (١) فان لم يمكن لتفرقهم عزل حصة من لم يتمكن من ايصال حصته اليه الى زمان التمكن (٢) واذا شك في عددهم اقتصر على الاقل المعلوم (٣) والاحوط له التفتيش والتفحص (٤) واذا قال : هـذا وقف على اولادي أو ذريتى او اصهاري اوارحامى او تلامذتى او مشايخى او جيرانى فالظاهر منـه العموم فيجب فيه الاستيعاب (٥) .

هذا لابد من رعاية العرف العام في مقام استفادة المقاصد فلاوجه للتقييد والتخصيص نعم لو دلت على الاختصاص قرينة حالية أو مقالية لامناص عن الالتزام بالاختصاص كما انه لو لم يحرز الظهور العرفي لابد من التقييد من باب كونه المتيقن .

١) اذ مع فرض كون الظاهر من اللفظ كون المذكور مـن مصرف الوقف لايجب الاستيعاب كما هو ظاهر وأما مع فرض كون الوقف على جميعهم وجب الاستيعاب .

٢) اذ يجب حفظ مال الغير لأن يوصل اليه .

٣) لعدم الدليل على الأكثر بل مقتضى الاصل عدمه .

٤) لااشكال في حسن الاحتياط سيما في الأموال والأنفس والأعراض .

٥) لايبعد أن يكون الأمر كما أفاده الماتن والعرف ببابك .

(مسألة ٥١) : اذا وقف على المسلمين كان لمن يعتقد الواقف اسلامه فلا يدخل في الموقوف عليهم كل من يعتقد الواقف كفره وان اقر بالشهادتين [١] ويعم الوقف المسلمين جميعاً الذكور والاناث والكبار والصغار [٢] .

(مسألة ٥٢) : اذا وقف على المؤمنين اختص الوقف بمن كان مؤمناً في اعتقاد الواقف فاذا كان الواقف اثنى عشرياً اختص الوقف بالاثنى عشرية من الامامية [٣] ولا فرق بين الرجال والنساء والاطفال والمستضعفين ولا بين العدول والفساق [٤] وكذا اذا وقف على الشيعة [٥] نعم اذا كان الواقف على الشيعة من بعض الفرق الاخر

---

١) يمكن أن يرد عليه بأنه لاوجه للاختصاص كما تقدم فان المفروض ان الواقف قصد ما هو الظاهر من اللفظ ولا وجه للتقييد وبعبارة اخرى : يكون المقام نظير الخطأ في التطبيق .

وصفوة القول : ان الميزان بالظهور ولا وجه لرفع اليد عن الظهور العرفي بمجرد الاعتقاد الا أن يقال : انه لااشكال في أن الامور النفسية تؤثر في الظهور اللفظي فاذا امر المولى عبده باشتراء عبد مسلم ولايعتقد اسلام غير الشيعي لايجوز للعبد أن يشتري له عبداً غير شيعي مع علمه باعتقاد المولى فان الاعتقاد يكون قرينة على كون المراد من المسلم الشيعي فلاحظ .

٢) كما هو مقتضى الظهور العرفي والعرف ببابك .

٣) الكلام فيه هو الكلام والتقريب لاثبات المدعى هو التقريب .

٤) لشمول اللفظ جميع ما ذكر في المتن .

٥) لعين الملاك ووحدة المناط .

من الشيعة فالظاهر مـن الشيعة العموم للاثنى عشرية وغيرهم ممن يعتقد الخلافة لعلي عليه السلام بلا فصل [١] .

(مسألة ٥٣) : اذا وقف في سبيل الله تعالى اولي وجوه البـر فالمراد منه مايكون قربة وطاعة [٢] .

(مسألة ٥٤) : اذا وقف على ارحامه أو اقار به فالمرجع فيـه العرف [٣] واذا وقف على الاقرب فالاقرب كان على كيفية الارث [٤]

(مسألة ٥٥) : اذا وقف على اولاده اشترك الـذكر والانثى والخنثى [٥] نعم اذا كان العرف الخاص لبعض البلاد خصوص الذكر اختص به دون الانثى وكذا الحال اذا وقف علـى اولاده واولاد اولاده [٦] .

---

١) يرد عليه انه ما الوجه في التفريق بين الموارد فان الاسماعيلية مثلا لايعتقدون بكون غيرهم على الطريق الحق وكذا الزيدية بالنسبة الى غيرهم فالتقريب المتقدم للاختصاص يجري في المقام ايضاً .

٢) يرد عليه ان وجوه البر لاتختص بالامور العبادية بل يعم الامور التوصلية ايضاً فلاوجه للاختصاص فلاحظ .

٣) فان الظهور العرفـي حجة فلابد من اتباعه في جميع الموارد الا مع قيام القرينة على خلافه .

٤) اذ روعي في طبقات الارث عنوان الأقـرب فالأقرب ولا يبعـد أن يفهم العرف من هذه الجملة الاشارة الى مراتب الارث فلاحظ .

٥) للظهور العرفي غير القابل للانكار .

٦) فان الميزان بالظهور ولااشكال في تقديم العرف الخاص على العام في المقام.

(مسألة ٥٦) : اذا وقف على اخوتـه اشترك الاخوة للابوين والاخوة للاب فقط والاخوة للام فقط بالسوية وكذا اذا وقف على اجداده اشترك الاجداد لابيه والاجداد لامه وكذا اذا وقف علـى الاعمام أو الاخوال فانه يعم الاعمام للابوين والاب وللام وكذلك الاخوال ولا يشمل الوقف على الاخوة اولادهم ولاالاخوات ولا الوقف على الاعمام والاخوال اعمـام الاب والام واخوالهما [١] والعمات مطلقاً والخالات كذلك [٢] .

(مسألة ٥٧) : اذا وقف على ابنائه لـم تدخل البنات [٣] واذا وقف على ذريته دخل الذكر والانثى والصلبي وغيره [٤] .

(مسألة ٥٨) : اذا قال : هـذا وقف على اولادي ما تعاقبوا وتناسلوا فالظاهر منه التشريك [٥] واذا قال : وقف على اولادي الاعلى فالاعلى فالظاهر منه الترتيب [٦] واذا قال : وقف على اولادي نسلا بعد نسل اوطبقة بعد طبقة أوطبقة فطبقة ففي كونه للترتيب اوللتشريك

---

١) كل ذلك للظهور العرفي .

٢) لعدم صدق العم على العمة ولا الخال على الخالة .

٣) لعدم صدق الابن على البنت .

٤) لصدق الذرية على الجميع بحسب الظهور العرفي .

٥) الأمر كما أفاده اذ لادليل على الترتيب فيكون من مصاديق التشريك .

٦) فانه ظاهر بل نص في الترتيب .

قولان والاظهر الاول [1] .

(مسألة ٥٩) : اذا تردد الموقوف عليه بين عنوانين أو شخصين فالمرجع في تعيينه القرعة [2] واذا شك في الوقف أنه ترتيبي أو تشريكي فان كان اطلاق في عبارة الواقف كان مقتضاه التشريك [3] وان لم يكن اطلاق اعطي اهل المرتبة المحتملة التقدم حصتهم [4] واقرع في الحصة المرددة بينهم وبين من بعدهم فيعطى من خرجت القرعة باسمه [5] .

(مسألة ٦٠) : اذا وقف على العلماء فالظاهر منه علماء الشريعة فلا يشمل علماء الطب والنجوم والهندسة والجغرافيا ونحوهم [6] .

(مسألة ٦١) اذا وقف على اهل بلد اختص بالمواطنين والمجاورين منهم ولا يشمل المسافرين وان نووا اقامة فيه [7] .

(مسألة ٦٢) : اذا وقف على مسجد أو مشهد صرف نماؤه في

---

١) الظاهر ان الأمر كما أفاده بحسب الظهور العرفي وعلى فرض الشك يكون مقتضى القاعدة التوسل بالقرعة .

٢) فانها لكل أمر مشكل سيما في الامور المالية الواقعه مورد الترديد والشك

٣) اذ الاطلاق حجة والمفروض ان مقتضاه التشريك بحسب الفهم العرفي .

٤) لعدم الشك فى هذا المقدار وانه لهم على كلا التقديرين .

٥) لكون القرعة من طرق الكشف .

٦) للقرينة المتصلة الموجبة لأنصراف اللفظ الى الطائفة الخاصة .

٧) ما افاده ظاهر واضح فان المقيم لايصدق عليه انه من اهل البلد .

مصالحه من تعمير وفراش وسراج وكنس ونحو ذلك من مصالحه[١] وفي جواز اعطاء شيء من النماء لامام الجماعة اشكال[٢] الا أن تكون قرينة على ارادة ما يشمل ذلك فيعطى منه حينئذ[٣].

(مسألة ٦٣): اذا وقف على الحسين عليه السلام صرف في اقامة عزائه مع بذل الطعام فيه وبدونه[٤] والاحوط اهداء ثواب ذلك اليه عليه السلام[٥] ولافرق بين اقامة مجلس للعزاء وأن يعطي الذاكر لعزائه عليه السلام في المسجد أو الحرم أو الصحن أو غير ذلك[٦].

(مسأله ٦٤): اذا وقف على ميت أو أموات صرف في مصالحهم الاخروية من الصدقات عنهم وفعل الخيرات لهم واذا احتمل اشتغال ذمتهم بالديون صرف ايضاً في افراغ ذمتهم[٧].

---

١) فان المذكورات من الامور الراجعة الى مصالح المسجد والمشهد فيجوز الصرف بالنسبة الى كلها.

٢) الظاهر ان الاشكال ضعيف.

٣) كما هو ظاهر.

٤) فانه مقتضى الاطلاق المنعقد في عبارة الوقف.

٥) لااشكال في حسن الاحتياط لكن لاوجه له على نحو اللزوم بل يمكن ان يتصور على نحو لايكون له ثواب بأن لايقصد القربة في العمل فلاحظ.

٦) للاطلاق وعدم ما يقتضي التقييد.

٧) فان انتفاع الميت في تلك الدار بهذه الامور فلابد من صرف الموقوف فيها.

(مسألة ٦٥) : اذا وقف على النبي صلى الله عليه وآله والائمة عليهم السلام صرف في اقامة مجالس لذكر فضائلهم ومناقبهم ووفياتهم وبيان ظلاماتهم ونحو ذلك مما يوجب التبصر بمقامهم الرفيع [١] والاحوط اهداء ثواب ذلك اليهم عليهم السلام [٢] ولافرق بين امام العصر عجل الله تعالى فرجه الشريف وآبائه الطاهرين [٣].

(مسألة ٦٦) : اذا وقف على اولاده فالاقوى العموم لاولاد أولاده واولادهم وان سفلوا [٤].

(مسألة ٦٧): اذا قال: هذا وقف على اولادي فاذا انقرض اولادي واولاد اولادي فهو على الفقراء فالاقوى انه وقف على اولاده الصلبيين وغيرهم على التشريك [٥] وكذا اذا قال: وقف على اولادي فاذا انقرضوا وانقرض اولاد اولادي فهو على الفقراء على الاقوى [٦].

---

١) ما أفاده تام فان المذكورات راجعة اليهم فلابد من صرف الوقف فيها.

٢) الكلام فيه هو الكلام السابق فراجع .

٣) اذ لاوجه للفرق ورجوع أمره الى الحاكم الشرعي كما في عبارة السيد اليزدي في ملحقات عروته لاوجه له بل يصرف فيما يرجع اليه أرواحنا فداه ولا يكون من قبيل السهم المبارك الراجع أمره الى الحاكم الشرعي .

٤) للظهور العرفي حتى على القول بعدم صدق الولد على الولد مع الواسطة الا مجازاً فانه لو قال : هذا وقف على اولادي يفهم منه العموم كما في المتن .

٥) الظاهر ان الأمر كما أفاده .

٦) بتقريب ان قوله في صدر كلامه وقف على اولادي يقتضي التشريك وذيل

(مسألة ٦٨) : اذا قال هذا وقف على سكنى اولادي فالظاهر انه لايجوز ان يؤجروها ويقتسموا الاجرة بل يتعين عليهم السكنى فيها[١] فان امكن سكنى الجميع سكنوا جميعاً[٢] وان تشاحوا في تعيين المسكن فالمرجع نظر الولي[٣] فان تعدد الاولياء واختلف نظرهم فالمرجع الحاكم الشرعي[٤] واذا اختلف حكام الشرع فالمرجع القرعة[٥]

كلامه متفرع على الصدر ولا يخلو ما أفاده من شائبة الاشكال اذ لايبعد أن يستفاد من الذيل الترتيب ويكون الذيل قرينة على الصدر ولا اقل من الاجمال .

١) الأمر كما افاده فان الوقف على حسب جعل الواقف ويلزم اتباعه ولايجوز تغييره والتصرف فيه .

٢) كما هو ظاهر .

٣) فان المتولي للوقف يكون مرجعاً في امور الموقوفة .

٤) فان الحاكم الشرعي يكون ولياً عاماً ومرجعاً في جميع الامور الحسبية فالمعتبر نظره .

٥) الظاهر انه لادليل على مشروعية القرعة في أمثال المقام التي لاواقع لها فانه قد دل بعض ادلة القرعة على جريانها في مورد تعلق النذر بأول مملوك وقد ملك مماليك دفعة منها : ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل قال : اول مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعاً قال : يقرع بينهم ويعتق الذي قرع (* ١) .

ومنها : مارواه عبدالله بن سليمان قال : سألته عن رجل قال : اول مملوك املكه فهو حر فلم يلبث أن ملك ستة أيهم يعتق ؟ قال : يقرع بينهم ثم يعتق واحداً الحديث (*٢).

---

١ و٢) الوسائل الباب ٥٧ من أبواب العتق الحديث : ١ و٢

. . . .

ومنها : ما رواه ابراهيم بن عمر عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل قال : اول مملوك املكه فهو حر فورث ثلاثة قال يقرع بينهم فمن اصابه القرعة اعتق قال والقرعة سنة (*١) .

وقد دل بعض النصوص على مورد الشك في كون المولود ذكراً أو انثى منها ما رواه عبدالله بن مسكان قال سئل ابو عبدالله عليه السلام وأنا عنده عن مولود ليس بذكر ولا بانثى ليس له الادبر كيف يورث ؟ فقال يجلس الامام ويجلس عنده أناس من المسلمين فيدعون الله ويجيل السهام عليه على اي ميراث يورثه ثم قال وأي قضية اعدل من قضية يجال عليها بالسهام يقول الله تعالى فساهم فكان من المدحضين (* ٢) .

ودلت طائفة ثالثة في مورد اشتباه الحر بالعبد منها ما رواه حريز عن احدهما عليهما السلام قال قضى اميرالمؤمنين عليه السلام باليمن في قوم انهدمت عليهم دار لهم فبقى صبيان احدهما مملوك والاخر حر فاسهم بينهما فخرج السهم على احدهما فجعل المال له واعتق الاخر (* ٣) .

ودلت طائفة رابعة على مورد واقع متعدد مع امرئة في طهر واحد منها ما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام في ثلاثة وقعوا على امرئة في طهر واحد وذلك في الجاهلية قبل أن يظهر الاسلام فاقرع بينهم فجعل الولد للذي قرع وجعل عليه ثلثي الدية للاخرين فضحك رسول الله صلى الله عليه وآله حتى بدت نواجده قال : وقال : ماأعلم فيها شيئاً الاما قضى

---

١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب ميراث الخنثى الحديث : ٤

٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب ميراث الغرقى الحديث : ١

واذا امتنع بعضهم عن السكنى حينئذ جـاز للاخر الاستقلال فيها (١)

علي عليه السلام (* ١).

ودلت طائفة خامسة على مشروعيتها في مورد النزاع في ملك او حق له واقع ويكون ذو الحق مجهولا منها ما رواه جميل قال قال الطيار لزرارة : ما تقول في المساهمة أليس حقاً ؟ فقال زرارة بلى هي حق ، فقال الطيار : أليس قد ورد انـه يخرج سهم المحق ؟ قال: بلى قال فتعال حتى ادعي أنا وانت شيئاً ثم نساهم عليه وننظر هكذا هو فقال له زرارة: انما جاء الحديث بأنه ليس من قوم فوضوا أمرهم الى الله ثـم اقترعوا الا خرج سهم المحق فأما علـى التجارب فلم يوضع على التجارب فقال الطيار: أرأيت ان كانا جميعاً مدعيين ادعيا ماليس لهما من ان يخرج سهم احدهما ؟ فقال : زرارة : اذا كان كذلك جعل معه سهم مبيح فان كانا ادعيا ما ليس لهما خرج سهم المبيح (* ٢).

ومنها ما رواه منصور بن حازم قال سأل بعض اصحابنا أبا عبدالله عليه السلام عن مسئلة فقال : هذه تخرج في القرعة ثم قال : فأي قضية اعدل من القرعة اذا فوضوا أمرهم الى الله عزوجل أليس الله يقول فساهم فكان من المدحضين(* ٣).

وصفوة القول : انه لادليل على مشروعية القرعة في مثل المقام فلابد مـن التوافق بين حكام الشرع وبعبارة اخرى الحاكم الشرعي تشترط فيه العدالة فيجب عليه رفع اليد عن التشاجر وبعد رفع التشاجر والخلاف يكون قوله المرجع وأمره يكون نافذاً فلاحظ .

١) اذ لايسقط حق واحد منهم بامتناع آخر .

---

١) الوسائل الباب ٥٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب كيفية الحكم الحديث : ٤

٣) نفس المصدر الحديث : ١٧

وليس عليه شيء لصاحبه[1] وان تعذرسكنى الجميع اقتسموها بينهم يوماً فيوماً أوشهراً فشهراً أوسنة فسنة[2] وان اختلفوا في ذلك وتشاحوا فالحكم كما سبق[3] وليس لبعضهم ترك السكنى وعدم الرضا بالمهاياة والمطالبة بالاجرة حينئذ بالنسبة الى حصته[4] :

(مسألة ٦٩) : اذا قال هذا وقف على الذكور من اولادي او ذكور اولادي نسلا بعد نسل أو طبقة بعد طبقة اختص بالذكور من الذكور ولا يشمل الذكور من الاناث[5] .

(مسألة ٧٠) : اذا قال : هذا وقف على اخوتي نسلا بعد نسل فالظاهر العموم لاولادهم الذكور والاناث[6] .

(مسألة ٧١) : اذا قال : هذا وقف على اولادي ثم اولاد اولادي كان الترتيب بين اولاده الصلبيين واولادهم ولا يكون بين اولاد اولاده

---

١) لعدم المقتضي .

٢) اذ مع عدم امكان سكنى الجميع لابد من القسمة .

٣) الكلام فيه هو الكلام .

٤) لعدم الدليل عليه .

٥) للظهور العرفي فان مقتضى الظهور العرفي حصر النظر في خصوص الذكور طبقة بعد طبقة وعدم اعتبار الاناث وبعبارة اخرى : يفهم عرفاً كون الموقوف عليهم الذكور بلا وساطة الاناث .

٦) للظهور العرفي .

واولادهم ترتيب بل الحكم بينهم على نحو التشريك [١] .

(مسألة ٧٢) : اذا وقف على زيد والفقراء فالظاهر التنصيف وكذا اذا قال : وقف على زيد واولاد عمرو أو على اولاد زيد وأولاد عمرو او على العلماء والفقراء [٢] .

(مسألة ٧٣) : اذا وقف على الزوار فالظاهر الاختصاص بغير اهل المشهد ممن يأتي من الخارج للزيارة [٣] وفي كونه كذلك اذا قال : وقف على من يزور اشكال [٤] .

فصل في بعض احكام الوقف

(مسألة ٧٤) : اذا تم الوقف لايجوز للواقف ولالغيره التبديل والتغيير في الموقوف عليه بنقله منهم الى غيرهم واخراج بعضهم منه وادخال اجنبي عنهم معهم اذا لم يشترط ذلك [٥] أما اذا اشترط ادخال

---

١) الامر كما افاده ظاهراً للظهور العرفي فان الترتيب بين اولاده واولاد اولاده ولا مقتضي للترتيب بين اولاد اولاده بل مقتضى القاعدة التشريك .

٢) للظهور العرفي والعرف ببابك .

٣) الأمر كما أفاده فانه المتفاهم العرفي من اللفظ .

٤) الظاهر انه يصدق على الزائر الساكن في البلد والعرف ببابك .

٥) فان الوقف على حسب ما اوقفه اهله وبعبارة اخرى : جواز التصرف في الوقف يحتاج الى الدليل والافمقتضى القاعدةالأولية عدم الجوازاذ يجب العمل على طبق الوقف .

من شاء معهم فالظاهر صحته [١] وحينئذ اذا ادخل غيرهم معهم نفذ واذا لم يدخل احداً الى ان مات بقي الوقف على حاله الاولى [٢] واذا اشترط اخراج بعضهم فالظاهر صحته ايضاً [٣] .

---

١) الظاهر ان دليل الجواز في نظر الماتن ما رواه ابن يقطين قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده قال: لابأس بذلك وعن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبينه لهم أله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعدأن أبانهم بصدقة ؟ قال ليس له ذلك الا أن يشترط انه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له (* ١) .

فان المستفاد من الخبر المذكور التفصيل بين صورة الاشتراط وعدمه فعلى الأولى يجوز وفي الثانية لايجوز ولكن الانصاف ان المستفاد من الحديث صورة الوقف من الأول على النحو الخاص لاصورة تغييره بعد تماميته فلاحظ .

٢) اذ مع الأدخال يصح على مقتضى الحديث المتقدم ذكره آنفاً واما مع عدم الأدخال فلا وجه لدخول غير الموقوف عليه فيه فلاحظ .

٣) لم يظهر لي وجه ما أفاده وربما يقال : انه مقتضى قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ان شاء الله (* ٢) ولكن الاستدلال على المدعى بهذا التقريب مشكل اذ لايستفاد من هذه الجملة الا صحة كيفية الوقف واما اشتراط التصرف فيه وفسخه من اصله أوفي الجملة أو تبديله بأمر آخر فلا يستفاد من الحديث والا كان تبديله بشيىء آخر جايزاً والظاهر ان الأصحاب لم يلتزموا به والله العالم .

---

١) الوسائل الباب ٥ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

(مسألة ٧٥) : العين الموقوفة تخرج عن ملك الواقف وتدخل في ملك الموقوف عليه ويكون نماؤها له نعم اذا كان الوقف وقفاً على الصرف لم تدخل في ملك الموقوف عليه بل يتعين صرف نمائها في الجهة الموقوف عليها على اختلاف كيفيات الوقف (١)

---

١) قال في الحدائق : « اختلف الاصحاب رحمهم الله في أن الوقف هل ينتقل عن ملك الواقف أم لا ؟ وعلى الاول فهل ينتقل الى الموقوف عليه أم الى الله تعالى ؟ أم يفصل في ذلك بين ما كان الوقف لمصلحة أو جهة عامة فانه ينتقل الى الله عزوجل وما كان الموقوف عليه ممن يصح تملكه فانه ينتقل اليه »(* ١) الى آخر كلامه رفع في علو مقامه .

اذا عرفت ماتقدم نقول يظهر من كلام الجواهر في هذا المقام انه نقل الاجماع على خروج الوقف عن ملك الواقف (* ٢) .

ويمكن الاستدلال على المدعى بجملة من النصوص منها : ما رواه احمد بن محمد عن أبي الحسن الثاني عليه السلام قال سألته عن الحيطان السبعة التي كانت ميراث رسول الله صلى الله عليه وآله لفاطمة عليها السلام ؟ فقال : لا انما كانت وقفاً وكان رسول الله يأخذ اليه منها ما ينفق على أضيافه والتابعة يلزمه فيها فلما قبض جاء العباس يخاصم فاطمة عليها السلام فيها فشهد علي عليه السلام وغيره أنها وقف على فاطمة عليها السلام وهي الدلال والعواف والحسنى والصافية ومالأم ابراهيم والميثب والبرقه (* ٣) .

وتقريب الاستدلال بهذه النصوص بوجوه: الوجه الاول: انه عبر في هذه النصوص

---

١) الحدائق ج ٢٢ ص : ٢٢٣

٢) الجواهر ج ٢٨ ص : ٨٨

٣) الفروع من الكافي ج ٧ ص ـ ٤٧ باب صدقات النبي وفاطمه والائمة عليهم السلام

عن الوقف بالصدقة والصدقة متقومة باخراج العين عن الملك .

الوجه الثاني : انه قد عبر في بعض تلك النصوص بما يدل على كون العين الموقوفة ملكا للموقوف عليه لاحظ ما رواه أبو مريم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن صدقة رسول الله صلى الله عليه وآله وصدقة علي عليه السلام فقال : هي لنا حلال وقال ان فاطمة عليها السلام جعلت صدقتها لبني هاشم وبنى المطلب (* ١) .

ومثله الحديث الثانى من الباب فان قوله عليه السلام « صدقتهما لبني هاشم وبني عبد المطلب » يدل على جعل بنى‌هاشم وبني‌عبد المطلب مالكا للعين بلحاظ الجار الدال على الملكية .

الوجه الثالث انه عبر في بعض هذه النصوص بقوله بتلا بتا اي منقطعة عن صاحبها الاول ومبانة عنه لاحظ ما رواه أيوب بن عطية قال فيه عليه السلام بشر الوارث في صدقة بتة بتلا (* ٢) فان البتل لغة القطع والبت ايضاً بمعناه .

الوجه الرابع انه قد عين القيم في بعض تلك النصوص للموقوفة لاحظ ما رواه عبد الرحمن الحجاج (* ٣) ولا مجال لجعل القيم مع بقاء العين في ملك مالكها .

ومما يمكن الاستدلال به على المدعى الارتكاز في أذهان اهل الشرع والعقلاء والعرف فان المرتكز في الأذهان خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف اضف الى ذلك انه لايبعد أن يستفاد المدعى من مفهوم صيغة الوقف كقول الواقف وقفت الدار الفلانية على اولادي اذ لو لم تنتقل العين الى الموقوف عليه فماذا يكون

---

١) نفس المصدر الحديث : ٤

٢) نفس المصدر الحديث : ٩

٣) نفس المصدر الحديث : ٧

. . . .

المراد من الجملة .

وبعبارة اخرى الوقوف عليهم بمعنى انه لايتجاوزهم فتكون العين حبساً عليهم وان شئت قلت : ان العين مع كونها مملوكة لهم تكون ساكنة وغير متحركة بالحركة الاعتبارية فالنتيجة ان الوقف يخرج عن ملك الواقف ومما تقدم ظهر ان الوقف كما انه يخرج عن ملك الواقف يدخل في ملك الموقوف عليه والذي يدل على المدعى بوضوح ان السيرة جارية على كون أمر الموقوفات الخاصة بيد الموقوف عليهم فانهم يتصرفون فيه وفي شئونه وهذه آية كونهم مالكين .

واستدل على كونه ملكا له تعالى بأن الوقف ازالة للملك والمنفعة على وجه القربة فانتقل الملك الى الله تعالى كالعتق ولأن الموقوف عليه ممنوع عن البيع ولو كان مالكاً للوقف لم يكن ممنوعاً عن البيع لأن الناس مسلطون على أموالهم (* ١) .

وفي كلا التقريبين اشكال أما التقريب الاول فلأن الوقف لايتوقف على قصد القربة بل يمكن تحققه ولو مع عدم قصد القربة مضافاً الى أن قياسه بالعتق مع الفارق اذ العتق ازالة للملك وتحرير للعين بخلاف الوقف اضف الى ذلك كله ان المعتق لايكون ملكا له تعالى .

واما التقريب الثاني ففيه انه لاتنافي بين كون الشخص مالكا وكونه ممنوعاً عن التصرف ولا فرق بين الوقف العام والخاص غاية الأمر يكون المالك في الوقف العام الجامع فانه لو وقف على العلماء أو الفقراء يكون الملك للجامع بين العلماء أو الفقراء فلا يتوجه الاشكال بأنه لايمكن أن يكون جميع الأفراد مالكا وترجيح بعضهم على البعض الاخر بلا مرجح فان المالك لو كان هو

---

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الحديث : ٧

(مسألة ٧٦) : اذا اشترط الواقف شرطاً في الموقوف عليه كما اذا وقف المدرسة على الطلبة العدول أو المجتهدين ففقد الشرط خرج عن الوقف[١] واذا اشترط عليه شرطاً كما اذا وقف على الطلبة واشترط عليهم التهجد في الليل وجب فعل الشرط فان لم يتهجد فالظاهر انه يخرج عن الوقف ايضاً[٢] .

(مسألة ٧٧) : اذا احتاجت الاملاك الموقوفة الى التعمير أو

الجامع لايكون لهذا الاشكال مجال كما هو ظاهر .

وأما لو كان الوقف على الصرف فيظهر من الجواهر ان الأكثر قائلون بكون العين مملوكة لتلك الجهة الموقوف عليها والظاهر انه لامانع من كون الجهة الخاصة كالمسجد مالكا للعين الموقوفة فان اعتبار الملكية خفيف المؤنة فاذا قلنا هذا الفرش للمسجد يكون صحيحاً ولا تتوقف الملكية على كون المالك من الأناسي بل تتصور الملكية للجمادات ايضاً فعلى هذا لامانع عن القول بالانتقال من ناحية الثبوت غاية ما في الباب انه يمكن أن يقال ـ كما قيل ـ لادليل في مقام الاثبات على هذه الدعوى ويمكن أن يقال انه لافرق في مقام الانشاء من قبل الواقف بين الموارد فانه يخرج العين عن ملكه ويدخلها في ملك الموقوف عليه نعم في خصوص المسجد لايكون الوقف على نحو التمليك بل تحرير فقط وهذا الفرق على اجماله لعله ارتكازي هذا مايخطر ببالي القاصر في هذه العجالة والله العالم بحقائق الامور

١) بلا اشكال ولا كلام اذ مع عدم كونه عادلا يكون خارجاً عن دائرة الوقف

٢) هذا الوجوب شرطي اي لولم يتهجد يحرم عليه أن يسكن في المدرسة فانه كالأجنبي فلاحظ .

الترميم لاجل بقائها و حصول النماء فان عين الواقف لهاما يصرف فيها عمل عليه[1] والاصرف من نمائها وجوباً مقدماً على حق الموقوف عليهم[2] واذا احتاج الى التعمير بحيث لولاه لم يبق للبطون اللاحقة فالظاهر وجوبه وان ادى الى حرمان البطن السابق[3].

(مسألة ٧٨) : الثمر الموجود على النخل أو الشجر حين اجراء صيغة الوقف باق على ملك مالكها ولا يكون للموقوف عليه وكذا الحمل الموجود حين وقف الدابة واللبن والصوف الموجودان حين وقف الشاة[4]. وكذلك مايتجدد من الثمر أو الحمل أو اللبن أو الصوف ونحوها بعد انشاء الوقف وقبل القبض[5].

---

١)كما هو ظاهر فان المفروض ان الواقف هكذا وقف والوقف على حسب ايقاف اهله .

٢) بتقريب ان مقتضى الارتكاز جعل الوقف كذلك وبعبارة اخرى الواقف بارتكازه جعل النماء للترميم فان بقاء العين الموقوفة مطلوبه الأولي فيجب الصرف فيه .

٣) بعين البيان المتقدم فان مطلوب الواقف اولا بقاء العين فيجب .

٤) بتقريب ان النماء تابع للملك فمادام العين باقية في ملك المالك يكون نمائها له ولا مقتضي لخروجها عن ملكه وأما بعد تمامية الوقف يكون النماء للموقوف عليه وان شئت قلت : النماء الموجود قبل الوقف نماء الملك لانماء الوقف فلا وجه لصيرورته ملكا للموقوف عليه وأما النماء المتجدد فهو يصير ملكاً له فلاحظ.

٥) على تقدير عدم تمامية الوقف الا بالقبض فالمسئلة مبنائية .

(مسأله ٧٩): اذا وقف على مصلحة فبطل رسمها كما اذا وقف على مسجد فخرب أو مدرسة فخربت ولم يمكن تعميرها أو لم يحتاجا الى مصرف لانقطاع من يصلي في المسجد أو مهاجرة الطلبة أو نحو ذلك فان كان الوقف على نحو تعدد المطلوب كما هو الغالب صرف نماء الوقف في مسجد أو مدرسة اخرى ان أمكن والا ففي وجوه البر الاقرب فالاقرب(١).

(مسأله ٨٠) : اذا جهل مصرف الوقف فان كانت المحتملات متصادقة صرف في المتيقن كما اذا لم يدران الوقف وقف على العلماء مطلقاً أو على خصوص العدول أو الفقراء أو لم يدران الوقف وقف على العلماء أو الفقراء فانه يصرف في الفرض الاول على العلماء العدول أو الفقراء وفي الفرض الثاني على العلماء الفقراء(٢) وان كانت متباينة فان كانت غير محصورة تصدق به اذا كان التصدق من الوجوه المحتملة للوقف والا صرفه في وجه آخر من الوجوه المحتملة(٣)

---

١) بتقريب ان هـذه المراتب مقصود الواقف ومن مرتكزاته فيكون المقدر كالمذكور وبعبارة اخرى : يصح أن يقـال : ان الواقف هكذا وقف ولو لم تكن التفاصيل مورداً للحاظه على النحو التفصيل ويكون المقام نظير الشروط الضمنية التي تعتبر عند العقلاء بملاحظة كونها اموراً ارتكازية فلاحظ .

٢) اذ الصرف في المتيقن عمل بالوظيفة قطعاً فلا اشكال فيه .

٣) قد استدل السيد اليزدي في الملحقات برواية ابن راشد قال : سألت أبا الحسن عليه السلام قلت : جعلت فداك اشتريت ارضاً الى جنب ضيعتي بألفي

وان كانت الوجوه محصورة كما اذا لم يدران الوقف على المسجد الفلاني أوعلى المسجد الاخر أولزيد أولعمرو على نحو المصرف أوعلى نحو التمليك فالاقرب الرجوع الى القرعة في تعيين الموقوف عليه(١).

(مسألة ٨١) : اذا آجر العين الموقوفة البطن الاول من الموقوف عليهم في الوقف الترتيبي وانقرضوا قبل انقضاء مدة الاجارة لم تصح الاجارة بالنسبة الى بقية المدة(٢)

درهم فلما وفيت المال خبرت ان الأرض وقف، فقال لايجوز شراء الوقف ولاتدخل الغلة في مالك وادفعها الى من وقفت عليه قلت : لاأعرف لها رباً قال : تصدق بغلتها (* ١) .

وهذه الرواية لاترتبط بالمقام بل المستفاد من الحديث ان المكلف اذا لم يمكنه الوصول الى الموقوف عليه يتصدق بغلتها وكلا منا فيما نحن في حكم الوقف الذي يكون مصرفه مجهولا مضافاً الى ضعف سند الحديث .

والذي يختلج بالبال أن يقال : ان مقتضى القاعدة الرجوع الى القرعة اذ لاوجه للتفريق بين كون الأطراف محصورة وبين ما يكون غير محصور نعم اذا كانت الدائرة على نحو لا يمكن أن يقرع بين اطرافها يلزم بحكم العقل اختيار احد الأطراف وترجيح التصدق على غيره على فرض كونه من الأطراف موافق للاحتياط وأما اللزوم فلا .

١) فان القرعة لكل أمر مشكل سيما في الامور المالية والله العالم .

٢) لأن المفروض ان الاجارة وقعت على ملك الغير فلا تصح وبعبارة اخرى

---

١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب عقد البيع وشروطه

وكذا الحكم في الوقف التشريكي اذا ولد في اثناء المدة من يشارك الموقوف عليه المؤجر فانـه لاتصح الاجارة بالنسبة الى حصته [١] والظاهر صحتها بالاجازة من البطن الثاني في الصورة الاولى ومن الشريك فـي الصورة الثانية فيكون للمجيز حصته من الاجرة ولا يحتاج الـى تجديد الاجارة [٢] وان كان احوط [٣] نعم اذا كانـت الاجارة من الولي لمصلحة الوقف صحت ونفذت [٤] وكذا اذا كانت لمصلحة البطون اللاحقة اذا كانت له ولاية على ذلك فانها تصح [٥] ويكون للبطون اللاحقة حصتهم من الاجرة [٦] .

(مسألة ٨٢) : اذا كانت للعين الموقوفة منافع مختلفة وثمرات متنوعة كان الجميع للموقوف له مع اطلاق الوقف فاذا وقف الشجر

المنفعة بعد انقراض البطـن الاول تكون للبطن الثاني فلا ولاية للبطن الأول في تمليكها من الغير بالاجارة .

١) اذ مع فرض الشركة لاتصح اجارة حصة الشريك بلا رضاه .

٢) لصحة الفضولي مع الاجازة .

٣) لعل الوجه في الاحتياط الخروج عن شبهة الخلاف .

٤) لأن الاجارة في مفروض الكلام صدرت من اهلها ووقعت في محلها وان شئت قلت : الاجارة الصادرة عن الولي بعد فرض كونها لمصلحة الوقف تامة ولا وجه لبطلانها .

٥) الكلام فيه هو الكلام فلاحظ .

٦) كما هو ظاهر .

أو النخل كان ثمرتهما ومنفعة الاستظلال بهما والسعف والاغصان والاوراق اليابسة واكمام الطلع والفسيل ونحوها مما هو مبني على الانفصال للموقوف له[١] ولا يجوز للمالك ولالغيره التصرف فيها[٢] الا على الوجه الذي اشترطه الواقف[٣].

(مسألة ٨٣) : الفسيل الخارج بعد الوقف اذا نما واستطال حتى صار نخلا أو قلع من موضعه وغرس في موضع آخر فنما حتى صار مثمراً لايكون وقفاً بل هو من نماء الوقف[٤] فيجوز بيعه وصرفه في الموقوف عليه[٥] وكذااذا قطع للاصلاح بعض الاغصان الزائدة وغرس فصار شجرة فانه لايكون وقفاً بل يجري عليه حكم نماء الوقف من جواز بيعه وصرف ثمنه في مصرف الوقف[٦].

---

١) لأن المفروض اطلاق الوقف ولازم الاطلاق عدم التقييد ومنفعة الوقف للموقوف عليه فالمنافع كلها للموقوف عليه .

٢) اذ التصرف في ملك الغير لايجوز الا مع الاذن .

٣) اذ أمر الوقف بحسب الجعل بيد الواقف فاللازم رعاية جعله ومتابعته .

٤) اذ لاوجه لكونه داخلا في الوقف ولا مقتضي له وبعبارة اخرى : الفصيل الخارج بعد الوقف لم تشمله دائرة جعل الوقف فيكون نماءاً له .

٥) كبقية النمائات التي يجوز بيعها لمصلحة الموقوف عليه .

٦) الكلام فيه هو الكلام اذ بعد القطع يخرج عن دائرة الوقف ويدخل تحت عنوان النماء فيترتب عليه حكمه ولقائل أن يقول : ان المفروض كونه وقفاً ويمكن ابقائه كذلك بغرسه فيجب التحفظ عليه فيكون باقياً على عنوانه الأولي .

(مسألة ٨٤) : اذا خرب المسجد لم تخرج العرصة عن المسجدية [١] وان تعذر تعميره [٢] وكذا اذا خربت القرية التى هو فيها حتى بطل الانتفاع به الى الابد [٣] وأما غيره من الاعيان الموقوفة فانها اذا تعذر الانتفاع بها في الجهة المقصودة للواقف لخرابها وزوال منفعتها فانه يجوز حينئذ بيع بعضها وعمارة الباقي للانتفاع به فان لم يمكن ذلك جاز بيعها وتبديلها بما يمكن الانتفاع به [٤] واذا تعذر الانتفاع بها لانتفاء الجهة الموقوف عليها صرفت منافعها فيما هو الاقرب فالاقرب فاذا كان الوقف وقفاً على اقامة عزاء الحسين عليه السلام في بلد خاص ولم يمكن ذلك صرف منافعه في اقامة عزائه عليه السلام في بلد آخر [٥] واذا كان تعذر الانتفاع لانقراض الموقوف عليه تبطل وقفيتها [٦]

---

١) لعدم ما يقتضي خروج العرصة عن كونها مسجداً بل هي باقية على حالها

٢) اذ لادليل على كون التعذر موجباً لزوال العنوان والقاعدة الأولية تقتضي بقائها على ما كانت .

٣) لعين التقريب .

٤) قد تعرض الماتن لهذا الفرع في مسئلة (١٣) من فروع جواز بيع الوقف في كتاب البيع وتكلمنا حول كلامه وشرحناه فراجع ما ذكرناه هناك .

٥) بتقريب ان الترتب المذكور مركوز في ذهن الواقف ويكون المقدر كالمذكور كما مر في نظيره قريباً .

٦) الحق ان يعبر بانقضاء امدالوقف وبعبارة اخرى: يكشف انه كان وقفاً بهذا

وترجع ملكا للواقف على ما تقدم فان لم يكن موجوداً كان لورثته[١] واذا خرب الوقف ولم تبطل منفعته بل بقى له منفعة معتد بها قليلة أو كثيرة فان أمكن تجديده وان كان باجارته مدة وصرف الاجارة في العمارة وجب ذلك[٢] وان لم يمكن فالظاهر بقاء الوقفية بحالها وتصرف منافعه في جهة الموقوف عليها مثلا اذا وقف بستاناً للمسجد فانقطع عنها الماء حتى يبس شجرها أو انقلع وبقيت عرصة وأمكن ايجارها وجب ذلك وصرفت الاجرة في مصالح المسجد[٣] نعم اذا فهم من القرائن ان الوقفية قائمة بعنوان البستان كما اذا وقفها للتنزه أو للاستظلال بطلت الوقفية بذهاب عنوان البستان وترجع ملكا للواقف[٤].

المقدار ويكون من مصاديق الوقف المنقطع الآخر وقد تقدم كونه صحيحاً .

١) بل الصحيح ان العين لم تخرج عن ملكه الا بهذا المقدار والزايد عليه كان باقياً في ملكه فعلى تقدير بقائه يكون هو المرجع وعلى تقدير موته يكون أمر العين راجعاً الى ورثته .

٢) كما تقدم وقلنا الواقف بارتكازه يجعل المنافع اولا للصرف في نفس العين ثم للموقوف عليه وبعبارة اخرى : لابد من التحفظ على الوقف مادام ممكنا .

٣) اذ لامقتضي لزوال عنوان الوقف بل هو باق بحاله .

٤) بل الصحيح في التعبير أن يقال: تنقضي مدة الوقف بزوال عنوان البستان وامرها راجع الى الواقف اذ لم تخرج العين عن ملكه الا مدة والمفروض انقضاء تلك المدة فلاحظ .

(مسألة ٨٥) : يجوز وقف البستان واستثناء نخلة منها [١] ويجوز له حينئذ الدخول اليها بمقدار الحاجة [٢] كما ان له ابقاءها مجاناً [٣] وليس للموقوف عليهم قلعها [٤] واذا انقلعت ليس له حق في الارض فلا يجوز له غرس نخلة اخرى مكانها [٥] وكذا يجوز في وقف الدار استثناء غرفة منها [٦] ولكن اذا خربت بقيت الارض له لان الارض جزء الغرفة [٧] .

(مسألة ٨٦) : اذا كانت العين مشتركة بين الوقف والملك الطلق جازت قسمتها بتمييز الوقف عن الملك الطلق [٨] ويتولى القسمة المالك للطلق ومتولي الوقف [٩] بل الاقوى جواز القسمة

---

١) فان المالك له التصرف في ماله على جميع الأنحاء وبعبارة اخرى : هذا حكم على طبق القاعدة الأولية .

٢) فانه من لوازم ملكه كما لو كانت نخلة لزيد في دار بكر فانه يجوز لزيد الدخول والتصرف في نخله كما هو ظاهر .

٣) اذ المفروض انه ملكه واستثناه من الوقف فله ابقاءها ولا مقتضى للزوم العوض عليه .

٤) فان التصرف في مال الغير بلا اذن منه حرام .

٥) لعدم المقتضي لبقاء حق له وعليه لايجوز غرس نخلة اخرى مكانها .

٦) الكلام فيه هو الكلام .

٧) الأمر كما افاده فان الأرض جزء الغرفة فتكون الأرض له .

٨) فان القسمة على طبق القاعدة الأولية .

٩) فان الأمر بيدهما فالمتصدي للقسمة المالك للطلق والمتولي للوقف .

اذا تعدد الواقف والموقوف عليه كما اذا كانت دار مشتركة بين شخصين فوقف كل منهما نصفه المشاع على اولاده [١] وكذا اذا اتحد الواقف مع تعدد الموقوف عليه كما اذا وقف مالك الدار نصفها على مسجد ونصفها على مشهد [٢] وكذا اذا اتحد الواقف والموقوف عليه اذا لم تكن القسمة منافية للوقف كما اذا وقف أرضاً على اولاده وكانوا اربعة [٣] فانه يجوز لهم اقتسامها ارباعاً فاذا صار له ولد آخر بطلت القسمه وجاز اقتسامها اخماساً فاذا مات اثنان منهم بطلت وجاز اقتسامها اثلاثاً وهكذا [٤] .

(مسألة ٨٧) : لا يجوز تغيير العين الموقوفة اذا علم من الواقف ارادة بقاء عنوانها سواء فهم ذلك من كيفية الوقف كما اذا وقف داره على السكنى فلا يجوز تغييرها الى الدكاكين أم من قرينة خارجية [٥] بل اذا احتمل ذلك ولم يكن اطلاق في انشاء الوقف لم يجز ذلك [٦] نعم اذا كان اطلاق في انشاء الوقف جاز للولي التغيير فيبدل الدار

---

١) لعدم مانع في القسمة .

٢) الكلام فيه هو الكلام .

٣) اذ مع عدم التنافي للوقف لايكون مانع عن القسمة .

٤) لأن هذه القسمة لاتؤثر بالنسبة الى البطون اللاحقة كما صرح به في المتن فلا مانع منها وبعبارة اخرى لاتكون موجبة لتضييع حق احد والمفروض عدم تنافي القسمة مع الوقف .

٥) فان الوقوف على حسب ما أوقفها اهلها .

٦) لعدم احراز الجواز واصالة عدم ارادة المقيد لايثبت الاطلاق الا على

الى دكاكين والدكاكين الى دار وهكذا[1] وقد يعلم من حال الوقف ارادة بقاء العنوان مادام له دخـل في كثرة المنفعة فحينئذ لايجوز مادام الحال كذلك فاذا قلت المنفعة جاز التغيير[2] .

(مسألة ٨٨) : اذا انقلعت نخلة من البستان الموقوفة فان كان وقفها للانتفاع بثمرها جاز بيعها[3] وصرف ثمنها فـي البستان ان احتاج اليه والا ففى الجهة الموقوف عليهـا[4] واذا وقفها للانتفاع بأي وجه كان فان أمكن الانتفاع بها فى جعلها سقفاً أوعمداً أو نحو ذلك لم يجز بيعها[5] وان بطل الانتفاع بها على حالها جـاز بيعها وصرف ثمنها فى البستان مع الحاجة ومع عدمها فى الجهة الموقوف

القول بالمثبت مضافاً الى أنه تعارضها اصالة عـدم ارادة الاطلاق فان الاطلاق كالتقييد ملحوظ في مقام الثبوت وتكون النسبة بينهما نسبة التضاد وأصالة عدم احد الضدين لاتثبت الضد الاخر .

١) كما هو ظاهر فانه على هذا التقدير يكون العمل على طبق ما قرره الواقف فيكون جايزاً .

٢) كل ذلك بمقتضى ان الوقف تابع لجعل الواقف وانشائه .

٣) على ما تقدم في كتاب البيع من جواز بيع الوقف في الفرض المذكور وقد تقدم شرح كلام الماتن هناك .

٤) على ما تقدم من أن الصرف في العين الموقوفة ان احتاج يقدم على الصرف في الجهة الموقوف عليها .

٥) لعدم جواز بيع الوقف قبل عروض المجوز .

عليها [١] .

(مسألة ٨٩) : الامـوال التي تجمع لعزاء سيـد الشهداء عليه السلام مـن صنف خاص لاقامة مأتمهم أو من اهل البلد لاقامـة مأتم فيها أو للانصار الذيـن يذهبون في زيارة الاربعين الى كربلا الظاهر أنها من قسم الصدقات المشروط صرفها فـى جهة معينة [٢] وليست باقية على ملك مالكها [٣] ولا يجوز لمالكها الرجوع فيها [٤]

---

١) على ما تقدم آنفاً والكلام فيه هو الكلام لوحدة الملاك .

٢) الصدقة اما تتحقق بصورة الوقف كما عبر بها في جملة من الأوقاف الصادرة عنهم عليهم السلام واما تتحقق بصورة التمليك والتملك والمفروض ان المقام غير داخل في القسمين المذكورين فأي دليل دل على كونه من الصدقات ولعل الوجه في نظر الماتن السيرة الخارجية وهو كما ترى .

٣) اذ الصدقة اذا تحققت تخرج عن ملك مالكها .

٤) لعدم الدليل على الرجوع بل الدليل قائم على عدم الرجوع فى الصدقة لاحظ ما رواه الحسين ابن علوان عن جعفر عن أبيه ان علياً عليه السلام كان يقول: من تصدق بصدقة فردت عليه فلا يجوز له أكلها ولا يجوز له الا انفاقها انمـا منزلتها بمنزلة العتق لله فلو ان رجلا اعتق عبداً لله فرد ذلك العبد لم يرجع في الأمر الذي جعله لله فكذلك لا يرجع في الصدقة (* ١) .

ومـا رواه طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال : مـن تصدق بصدقة ثم ردت عليه فلا يأكلها لأنه لا شريك لله عزوجل في شيىء مما جعل له انما هو بمنزلة العتاقة لا يصلح ردها بعد ما يعتق (* ٢) .

---

١) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب الصدقة الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٣

واذا ماتت قبل صرفها لايجوز لوارثه المطالبة بها[١] واذا تعذر صرفها فى الجهة المعينة فالاحوط صرفها فيما هو الاقرب الى الجهة الخاصة[٢] نعم اذا كان الدافع للمال غير معرض عنه ويرى ان الاخذ للمال بمنزلة الوكيل عنه لم يخرج حينئذ عن ملك الدافع وجاز له ولورثته ولغرمائه المطالبة به بل يجب ارجاعه اليه عند مطالبته والى وارثه عند موته والى غرمائه عند تفليسه واذا تعذر صرفه فى الجهة الخاصة واحتمل عدم اذنه فى التصرف فيه فى غيرها وجبت مراجعته فى ذلك[٣] .

(مسألة ٩٠) : لايجوز بيع العين الموقوفة الا فى موارد ذكرناها

---

١) اذ المفروض خروجها عن ملك المورث فلامقتضي للمطالبة وكذا للغرماء كما هو ظاهر .

٢) بتقريب ان مقصود المالك كذلك .

٣) لبقاء المال في ملكه فيترتب عليه أحكام ملكه ومن هذا البيان يظهر ان الماتن يرى ان المالك في القسم الأول أعرض عن مملوكه وقد ذكرنا في بعض المباحث السابقة ان الأعراض يوجب خروج الملك عن ملك المعرض كالأموال المنذورة للمعصومين عليهم السلام الموضوعة في الضرايح المقدسة فان الذي يختلج بالبال ان الناذر يعرض عن ملكه ويجعله حسب نذره في الضريح المقدس وحيث ان الاعراض مخرج للمال عن ملك مالكه لايبعد أن يقال ان الأموال المشار اليها تدخل في المباحات ولكن الظاهر ان هذا التقريب غير مرضي عند القوم والله العالم .

في كتاب البيع [١] .

(مسألة ٩١) : اذا كان غرض الواقف من الوقف حصول شيء فتبين عدم حصوله لايكون ذلك موجباً لبطلان الوقف فاذا علم ان غرض الواقف من الوقف أن يستعينوا به على طلب العلم أو الاقامة بالمشهد الفلاني أو نحو ذلك فلم يترتب الغرض المذكور لم يكن ذلك موجباً لبطلان الوقف وهكذا الحال في جميع الاغراض والدواعي التي تدعو الى ايقاع المعاملات أو الايقاعات فاذا كان غرض المشتري الربح فلم يربح لم يكن ذلك موجباً لبطلان الشراء أو التسلط على الفسخ [٢] .

(مسألة ٩٢) : الشرائط التي يشترطها الواقف تصح ويجب العمل عليها اذا كانت مشروعة فاذا اشترط أن لايؤجر الوقف اكثر من سنة اولايؤجر على غير اهل العلم لاتصح اجارته سنتين ولا على غير اهل العلم [٣].

(مسألة ٩٣) : تثبت الوقفية بالعلم وان حصل من الشياع [٤]

---

١) وقد تقدم شرح ما أفاده هناك فراجع .

٢) كما هو ظاهر فان الأغراض والدواعي لاتؤثر في مركز الانشاء ولا أثر لها في تغيير العقود والأيقاعات عما هي عليها فلاحظ .

٣) فان الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها فمادام يكون شرطه وجعله مشروعاً يجب العمل به كما ان السيرة الخارجية الجارية في الخارج هكذا .

٤) فان حجية العلم ذاتية فلا فرق بين مناشئه .

وبالبينة الشرعية[١] وباقرار ذي اليد[٢] وان لم تكن اليد مستقلة كما اذا كان جماعة في دار فاخبر بعضهم بأنها وقف حكم بها في حصته وان لم يعترف غيره بها[٣].

(مسألة ٩٤): اذا كان كتاب او اناء قد كتب عليه انه وقف فالظاهر الحكم بوقفيته[٤] نعم اذا كان بيد شخص وادعى ملكيته واعتذر عن الكتابة بعذر مقبول قيل: صدق وحكم بملكيته له فيجوز حينئذ الشراء منه والتصرف باذنه وغير ذلك من احكام الملك[٥] لكنه لا يخلو عن اشكال[٦].

(مسألة ٩٥): اذا وجدت ورقة في تركة الميت قد كتب عليها ان الشيء الفلاني وقف فان كان عليه امارة الاعتراف بالوقفية من توقيعه في ذيلها ووضعها في ظرف مكتوب عليه هذه ورقة الوقف الفلاني او نحو ذلك مما يكون ظاهراً في الاعتراف بالوقفية حكم بالوقفية[٧]

---

١) فان ثبوت الموضوعات بالبينة الشرعية من الواضحات.

٢) لنفوذ الاقرار عقلائياً وشرعاً فلاحظ.

٣) لأن صدق الاقرار محدود بهذا الحد فلا أثر له بالنسبة الى الزائد عليه.

٤) لايبعد أن يكون من الظهورات العرفية المعتبرة فيعمل على طبقه.

٥) بتقريب ان اليد امارة الملكية فيعمل بها.

٦) لايبعد أن يكون وجه الأشكال انه لادليل على حجية اليد حتى مع وجود الامارة على خلافها وان شئت قلت: يدخل المقام في تعارض الامارتين فلاحظ.

٧) اذ مع فرض الامارية تكون الحجة تامة فلابد من العمل بها.

والا فلايحكم بها وان علم انها بخط المالك[١]

(مسألة ٩٦) : لافرق في حجية اخبار ذي اليد بين أن يكون اخباراً باصل الوقف وأن يكون اخباراً بكيفيته من كونه ترتيبياً أو تشريكياً وكونه على الذكور فقط أو على الذكور والاناث وانه على نحو التساوي اوعلى نحو الاختلاف[٢] كما انه لافرق في الاخبار بين أن يكون بالقول وأن يكون بالفعل كمااذا كان يتصرف فيه على نحو الوقف أو يتصرف فيه على نحو الوقف الترتيبي او التشريكي او للذكور والاناث أو للذكور دون الاناث وهكذا فان تصرفه اذا كان ظاهراً في الاخبار عن حاله كان حجة كخبره القولي[٣].

(مسألة ٩٧) : اذا كانت العين الموقوفة من الاعيان الزكوية كالغنم والبقر والابل لم تجب الزكاة فيها وان اجتمعت فيها شرائط الزكاة[٤] واما اذا كان نمائها زكوياً كما اذا وقف بستاناً فان كان الوقف على نحو التمليك لاشخاص الموقوف عليهم كما اذا قال : وقفت البستان لاولادي فان بلغت حصة واحد منهم النصاب وجبت

---

١) كما هو ظاهر اذ اليد امارة الملكية والخروج عنها يتوقف على قيام دليل معتبر على خلافها والمفروض عدمه والله العالم .

٢) اذ لاوجه للتفريق فان اقرار ذي اليد نافذ بالنسبة الى ما في يده .

وان شئت قلت قول ذي اليد حجة بالنسبة الى الشئون العارضة لما في يده .

٣) اذ الميزان تحقق الاخبار بلا فرق بين مصاديقه فالأخبار الفعلي كالقولي حجة .

٤) فان العين الموقوفة لو كانت زكوية لاتجب الزكاة فيها لعدم اجتماع شرائط

عليه الزكاة والا لم تجب (١) وان كان الوقف على نحو التمليك للعنوان كما اذا قال · وقفت البستان على فقراء البلد غير قاصد لاستيعابهم لم تجب الزكاة على واحد منهم (٢) الا اذا اعطى الولي واحداً منهم بعض النماء قبل زمان تعلق الزكاة وكان يبلغ النصاب فانه تجب الزكاة على من ملك منهم واحداً كان او اكثر (٣) وكذلك لاتجب الزكاة على حاصل الوقف اذا كان على نحو المصرف كما اذا قال وقفت البستان على تزويج اولادي او على اطعام الفقراء وكسوتهم ونحو ذلك (٤) .

الحاق فيه بابان

الباب الاول : في الحبس واخواته .

الوجوب فان الموقوف عليه ليس له التصرف في العين الموقوفة .

١) كما هو ظاهر لتمامية موضوع الوجوب وأما مع عدم بلوغ الحصة لاتجب .

٢) مأأفاده ظاهر وصفوة القول: ان المكلف الشخصي اذا ملك النصاب مع اجتماع الشرائط تجب عليه الزكاة وأما المالك لو كان الجامع أو الجهة فلا مقتضي للوجوب كما هو ظاهر فان الزكاة واجبة على المكلف مع اجتماع الشرائط المقررة فلاحظ .

٣) اذ في هذه الصورة يكون موضوع الوجوب تاماً فتجب .

٤) قد ظهر الوجه مما تقدم فلاحظ .

(مسألة ٩٨) : يجوز للمالك أن يحبس ملكه على جهة معينة يجوز الوقف عليها على أن يصرف نماؤه فيها [1] ولا يخرج بذلك عن ملكه [2] فان كان الحابس قد قصد القربة بحبسه وكان حبسه

---

١) الظاهر انه لاخلاف ولا اشكال في مشروعية الحبس في الجملة وانما الاختلاف في الخصوصيات ويدل على مشروعيته من النصوص ما رواه ابن اذينة قال : كنت شاهداً عند ابن أبي ليلى وقضى في رجل جعل لبعض قرابته غلة داره ولم يوقت وقتاً فمات الرجل فحضر ورثته ابن أبي ليلي وحضر قرابته الذي جعل له غلة الدار فقال ابن ابي ليلي أرى ان ادعها على ما تركها صاحبها فقال محمد بن مسلم الثقفي: اما ان علي بن ابي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت فقال: وما علمك ؟ فقال : سمعت أبا جعفر محمد بن علي عليهما السلام يقول قضى علي عليه السلام برد الحبيس وانفاذ المواريث فقال : له ابن ابي ليلي هذا عندك في كتابك ؟ قال : نعم قال : فارسل وأئتني بـه فقال له محمد بن مسلم : على أن لاتنظر من الكتاب الا في ذلك الحديث قال: لك ذلك قال : فاحضر الكتاب واراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام في الكتاب فرد قضيته (*١) فان المستفاد من هذه الرواية جواز الحبيس اجمالا .

٢) لعدم الدليل عليه وان شئت قلت : الخروج عن الملك يتوقف على قيام دليل عليه ولا دليل على الخروج واقوال الأصحاب وآرائهم مختلفة كما يظهر بالمراجعة في كلماتهم .

---

١) الوسائل الباب ٥ من احكام السكنى والحبيس الحديث : ١

مطلقاً اومقيداً بالدوام لزم مادامت العين ولم يجز له الرجوع فيه[١] وان كان مقيداً بمدة معينة لم يجز له الرجوع قبل انقضاء المدة[٢] واذا انتهت المدة انتهى التحبيس فاذا قال فرسي محبس على نقل الحجاج أوعبدي محبس على خدمة العلماء لزمت مادامت العين باقية واذا جعل المدة عشرسنين مثلالزم في العشرو انتهى بانقضائها[٣]

(مسألة ٩٩) : ذكر جماعة كثيرة انه لايصح التحبيس الا بعد القبض ولايخلو من اشكال بل الاظهر الصحة بدونه[٤] ولكنه شرط في اللزوم فيجوز للمالك الرجوع فيه قبل القبض[٥].

(مسألة ١٠٠) : اذا حبس ملكه على شخص فان عين مدة كعشر سنين أومدة حياة ذلك الشخص لزم الحبس في تلك المدة[٦] وبعدها

١) لعدم الدليل على الجواز وبعبارة اخرى بعد نفوذه شرعاً يتوقف جواز الفسخ والرجوع على قيام الدليل عليه وليس فليس .

٢) الكلام فيه هو الكلام .

٣) كما هو ظاهر فان انقضاء الوقت بانقضاء مقدار الجعل .

ويظهر من كلام الماتن ان عدم جواز الرجوع مقيد بقصد القربة ولقائل أن يقول : ان الحبس اذا لم يكن مقيداً بقصد القربة ويتحقق ولو مع عدمه لايجوز الرجوع أيضاً لعدم الدليل على جوازه الا أن يكون الحكم اجماعياً والله العالم

٤) اذ لادليل على الاشتراط .

٥) ان تم المدعى بالاجماع التعبدي الكاشف فهو والا فللمناقشة فيه مجال .

٦) كما تقدم .

يرجع الى الحابس[١] واذا مات الحابس قبل انقضاء المدة بقي الحبس على حاله الى أن تنتهي المدة فيرجع ميراثاً [٢] واذا حبس عليه مدة حياة نفسه يعني الحابس ام يجزله الرجوع مادام حيا فاذا مات رجع ميراثاً[٣] واذا حبسه على شخص ولم يذكر مدة معينة ولا مدة حياة نفسه ولاحياة المحبس عليه ففي لزومه الى موت الحابس وبعد موته يرجع ميراثاً أو جوازه فيجوز له الرجوع فيه متى شاء ؟ قولان اقربهما الثاني[٤]

(مسألة ١٠١) : يلحق بالحبس السكنى والعمرى والرقبى[٥]

---

١) على طبق القاعدة اذ المفروض عدم الخروج عن ملك الحابس بل الصحيح أن يعبر بتمامية مدة الحبس وصيرورة العين طلقاً اذ المفروض عدم الخروج فلا موضوع للرجوع .

٢) لا يبعد أن يستفاد المدعى من حديث ابن اذينة فان المستفاد منه انه مع تعيين المدة يتعين فلا يزول بموت الحابس كما ان مقتضى صحة الحبس كذلك .

٣) كما هو ظاهر لأن المفروض انقضاء المدة .

٤) لا ارى وجهاً لجواز الرجوع الا أن يقوم اجماع عليه والمفروض عدمه اذ صرح في المتن بأن المسئلة ذات قولين .

وصفوة القول: انه مع الالتزام بالصحة يتوقف الجزم بالجواز على قيام دليل عليه والظاهر عدمه والله العالم .

٥) قال في الحدائق : « ثم انه ينبغي أن يعلم ان الاختلاف في هذه الألفاظ اعتباري بحسب اختلاف ما تضاف والمرجع الى أمر واحد فاذا قرنت بالاسكان قيل سكنى واذا قرنت بالعمر من المالك أو الساكن قيل عمرى واذا قرنت بمدة معينة قيل رقبى » (* ١) .

---

١) الحدائق ج ٢٢ ص ٢٧٥

والاولى تختص بالمسكن والاخيرتان تجريان فيه وفي غيره من العقار والحيوانات والاثاث ونحوها ممـا لا يتحقق فيه الاسكان فان كان المجعول الاسكان قيل له (سكنى) فان قيـد بعمر المالك أو الساكن قيل له ايضاً (عمرى) وان قيده بمدة معينة قيل له (رقبى) واذا كان المجعول غير الاسكان كما في الاثاث ونحوه مما لا يتحقق فيه السكنى لا يقال له سكنى بل قيل (عمرى) ان قيـد بعمر احدهما و(رقبى) ان قيد بمدة معينة[1].

(مسألة ١٠٢) : الظاهر ان القبض فيهـا ليس شرطاً في الصحة بل في اللزوم كما تقدم في الحبس[2].

وعلى هذا تكون النسبة بين كل من الرقبى والعمرى وبين السكنى عموماً من وجه لأنه ان قرنت بالأسكان فقط يقال: سكنى ولا يصدق عليها احد العنوانين الاخرين وان قرنت بالعمر تكون عمرى ولا تكون سكنى وان قرنت بمدة تكون رقبى ولا تكون سكنى وان قرنت بالسكنى وقرنت بالعمر ايضاً أو قرنت بمدة تكون مصداقاً للسكنى والعمرى أو مصداقاً للسكنى والرقبى وأما النسبة بين الرقبى والعمرى هو التباين اذ لا يجتمع التوقيت بالزمان مع التوقيت بالعمر ويمكن أن يقال : ان النسبة بين كل واحد من الثلاثة مع كل واحد مـن العنوانين الاخرين هو التباين بأن يقال : اذا قرنت السكنى بالعمر أو المدة لا تصدق السكنى والأمر سهل .

١) كما هو ظاهر فان السكنى في غير المسكن لا موضوع لها ويظهر من كلمات الأصحاب ان مشروعية المذكورات اتفاقية عندهم وتدل على المدعى ولـو في الجملة جملة من النصوص التى ستمر عليك انشاء الله تعالى اثناء البحث .

٢) قال في الحدائق : « لاخلاف في أنه لايلزم شيىء منها قبل القبض » فان

(مسألة ١٠٣) : اذا أسكنه مدة معينة كعشر سنين اومدة عمر المالك أومدة عمر الساكن لم يجز الرجوع قبل انقضاء المدة[1] فان انقضت المدة في الصور الثلاث رجع المسكن الى المالك أوورثته[2]

تم المدعى بالاجماع فهو والا فللمناقشة فيه مجال فان الخيار بعد فرض الصحة يحتاج الى الدليل ويظهر من بعض الروايات جواز الرجوع في السكنى اذا لم يعين وقتاً منها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت له رجل اسكن رجلا داره ولم يوقت قال : جايز ويخرجه اذا شاء (* ١) .

ومنها ما رواه احمد بن عمر الحلبي عن أبيه عن أبي عبدالله عليه السلام قال وسألته عن الرجل يسكن رجلا ولم يوقت شيئاً قال يخرجه صاحب الدار اذا شاء (* ٢) .

ومنها : ما رواه ابو البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام ان السكنى بمنزلة العارية ان احب صاحبها أن يأخذها أخذها وان أحب أن يدعها فعل أي ذلك شاء (* ٣) .

بل يظهر من حديث أبي البختري جواز الرجوع وكون السكنى كالعارية في كونها جايزة ولكن الرواية ضعيفة بأبي البختري .

١) كما هو مقتضى القاعدة الاولية ولادليل على الجواز فتلزم .

٢) وهذا على طبق القاعدة الأولية مضافاً الى النص الخاص لاحظ ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قضى في العمرى أنها جائزة لمن أعمرها فمن اعمر شيئاً مادام حياً فانه لورثته اذا

---

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب السكنى والحبيس الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(مسألة ١٠٤) : اذا قال له : أسكنتك هـذه الدار لك ولعقبك لم يجز له الرجوع في هذه السكنى مادام الساكن موجوداً اوعقبه [١] فاذا انقرض هو وعقبه رجعت الدار الى المالك[٢].

(مسألة ١٠٥) : اذا قال له : اسكنتك هذه الدار مـدة عمري فمات الساكن في حال حياة المالك فان كان المقصود السكنى بنفسه وتوابعه كما يقتضيه اطلاق السكنى انتقلت السكنى بموته الى المالك قبل

توفى (* ١) .

ولاحظ ما رواه ابو الصباح عن أبي عبدالله عليه السلام قال سئل عن السكنى والعمرى فقال : ان كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط وان كان جعلها لـه ولعقبه بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا حتى ترجع الدار الى صاحبها الاول (* ٢) .

وما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يسكن الرجل داره قال: يجوز وسألته عن الرجل يسكن الرجل داره ولعقبه من بعده قال يجوز وليس لهم أن يبيعوا ولايورثوا قلت فرجل أسكن داره حياته قال يجوز ذلك (* ٣) .

١) كما هو مقتضى صحة السكنى ويدل على المدعى ما رواه الحلبي ويدل على المدعى أيضاً ما رواه أبو الصباح (* ٤) .

٢) اذ المفروض انه ملكه فلابد من رجوعه اليه بل صرح بالرجوع اليه في حديث الكناني .

---

١) الوسائل الباب ٨ من ابواب السكنى والحبيس الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب السكنى والحبيس الحديث : ١

٣) نفس المصدر الحديث : ٢

٤) مر آنفا

وفاته على اشكال(١) وان كان المقصود تمليك السكنى له انتقلت السكنى الى وارثه مادام المالك حياً فاذا مات انتقلت من ورثة الساكن الى ورثة المالك(٢) وكذا الحكم لو عين مدة معينة فمات الساكن في اثنائها(٣)

---

١) لم يظهر لي وجه الاشكال اذ المفروض ان المالك جعل السكنى لمن جعل له ولتوابعه مادام حياته فلاوجه لبقاء السكنى بعد وفاته وبعبارة اخرى يلزم الخلف فمقتضى القاعدة انتقال المنفعة بعد وفاته الى المالك ويدل على المدعى بعض النصوص وهو ما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن حمران قال: سألته عن السكنى والعمرى فقال : الناس فيه عند شروطهم ان كان شرط حياته فهي حياته وان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار (* ١) .

٢) بناءاً على صحة هذا النحو من السكنى يتم ما أفاده في المتن وربما يقال انه يمكن الاستدلال على المدعى بما رواه حسن بن نعيم عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قال : سألته عن رجل جعل سكنى داره لرجل ايام حياته أو له ولعقبه من بعده قال هي له ولعقبه كما شرط (* ٢) .

ولكن يرد عليه : ان المستفاد من الحديث انه يجعل له السكنى ايام حياته والسكنى بهذا القيد لايعقل ان تورث وبعبارة اخرى: المنفعة المفروضة يقيده بحياته فلاتكون قابلة للارث ويدل على المدعى أيضاً قوله في السؤال : « اوله ولعقبه » وكيف يمكن الجمع بين الانتقال بالارث وجعل الوارث مالكا بالاستقلال .

والظاهر انه لايمكن اثبات ما ادعاه في المتن بالنصوص الواردة في المقام والله العالم .

٣) الكلام فيه هو الكلام .

---

١) الوسائل الباب ٢ من ابواب السكنى والحبيس الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(مسألة ١٠٦) : اذا جعل السكنى له مدة حياته كما اذا قال له : اسكنتك هذه الدار مدة حياتك ، فمات المالك قبل الساكن لم يجز لورثة المالك منع الساكن بل تبقى السكنى على حالها الى أن يموت الساكن[1].

(مسألة ١٠٧) : اذا جعل له السكنى ولم يذكر له مدة ولا عمر احدهما صح[2] ولزم بالقبض[3] ووجب على المالك اسكانه وقتاً ما وجاز له الرجوع بعد ذلك اى وقت شاء[4] ولا يجري ذلك في الرقبى

---

١) فانه مقتضى القاعدة اذ لا وجه للانقضاء قبل موت من جعلت له السكنى فان المالك له أن يتصرف في ماله كيف ما شاء فالمقام كالعين المستأجرة مدة اذا مات المؤجر قبل تمام مدة الاجارة مضافاً الى النص الخاص الدال على المدعى لاحظ ما رواه حسين بن نعيم (* ١) .

٢) بلا اشكال ولا كلام نصاً وفتوى .

٣) قد مر الكلام من حيث ان اللزوم هل يتوقف على القبض أم لا ؟ .

٤) لا يبعد أن يكون الماتن ناظراً فيما أفاده الى حديث الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: قلت له رجل اسكن رجلا داره ولم يوقت قال : جائز ويخرجه اذا شاء (* ٢) .

وحديث احمد بن عمر الحلبي عن ابيه عن أبي عبدالله عليه السلام قال : وسألته عن الرجل يسكن رجلا ولم يوقت شيئاً قال : يخرجه صاحب الدار اذا شاء (* ٣) .

---

١) لاحظ ص : ٥١٦

٢ و٣) الوسائل الباب ٤ من ابواب السكنى والحبيس الحديث : ١ و٢

والعمرى لاختصاص الاول بالمدة المعينة والثانية بمدة عمراحدهما والمفروض انتفاء ذلك كله[1].

(مسألة ١٠٨): اطلاق السكنى كما تقدم يقتضي أن يسكن هو واهله وسائر توابعه من اولاده وخدمه وعبيده وضيوفه بل دوابه ان كان فيها موضع معدلذلك وله اقتناء ماجرت العادة فيه لمثله من غلة وأوان وامتعة والمدار على ماجرت به العادة من توابعه[2] وليس له

بتقريب ان المستفاد من الحديثين جواز الاخراج فيجب الاسكان وقتاً ما ولا يجوز الرجوع قبل الاسكان ويظهر من الجواهر توقف السكنى على مسمى الاسكان حيث يقول في جملة كلام له في المقام «على أن الظاهر لزومها في الفرض أيضاً بالنسبة الى مسمى الأسكان» (* ١) الى آخر كلامه.

ويرد عليه ان الماتن يرى الامور الثلاثة من العقود ويصرح به في مسألة ١٠٩ فلو عقد على الاسكان ولم يسكن المجعول له في الدار مثلا وقد انقضى شهر أو شهران أو ثلاثة اشهر فهل يكون للمسكن حق الرجوع أم لا ؟ الظاهر انه لا اشكال في أن له الخيار فالاسكان الخارجي ليس مقوماً للخيار وعليه لا يبعد أن المستفاد من الحديثين ثبوت الخيار للمسكن في الصورة المفروضة في الحديثين والتعبير بقوله عليه السلام « يخرجه اذا شاء » من باب العادة الخارجية فان الاسكان بحسب الطبع يستلزم السكونة لا بلحاظ توقف الخيار عليها كي يقال: يجب اسكانه وقتاً ما كما في المتن والله العالم.

١) لعدم الدليل واختصاصه بالسكنى فلاحظ.

٢) والعرف ببابك فانه مع فرض العادة الخارجية لا مجال لأنكار الاطلاق وان

(* ١) الجواهر ج ٢٨ ص: ١٣٣

اجارته ولااعارته لغيره[1] فلو آجره ففي صحة الاجارة باجازة المالك وكون الاجرة له حينئذ اشكال[2].

(مسألة ١٠٩) : الظاهر ان (السكنى) و(العمرى) و(الرقبى) من العقود المحتاجة في وجودها الاعتباري الى ايجاب وقبول[3].

ويعتبر فيها ما يعتبر في العقود كما يعتبر في المتعاقدين هنا ما يعتبر في

شئت قلت : ان التعارف الخارجي قرينة للظهور الاطلاقي المدعى في المقام .

١) لعدم ما يقتضي الجواز فان المفروض انه تصرف في مملوك الغير بلا اذنه .

٢) لايبعد أن يكون وجه الاشكال ان السكنى لمن جعلت له فكيف يجوز اجارة المكان للغير وتمليك منفعته منه والله العالم .

٣) قال في الجواهر : « وهي عقد بالمعنى الاعم الشامل للمعاطاة بناء على على مشروعيتها يفتقر في الصحة الى معنى الايجاب والقبول ولو فعلا بلا خلاف ولا اشكال » انتهى فان تم اجماع تعبدي كاشف فهو والا يشكل الجزم بالمدعى لعدم دليل عليه في نصوص الباب بل مقتضى اطلاقها عدم اشتراط القبول فيها لاحظ ما رواه الحلبي (* ١) فان مقتضى اطلاق هذه الرواية كفاية الايجاب وفي الحدائق ما حاصله: انه لادليل على المدعى والمستفاد من النصوص الواردة في المقام كفاية مجرد رضى من تجعل له السكنى واما اشتراط العقد به فلا .

وما أفاده يؤيد ما ذكرناه ومع وجود اطلاق النصوص لامجال لأن يقال ان مقتضى الاصل عدم انتقال شيء في ملك الغير والقدر المعلوم صورة تحقق العقد.

---

١) لاحظ ص : ٥١٧

المتعاقدين في غيره وقـد تقدم ذلك في كتاب البيع [١] وأما الحبس فالظاهر اعتبار القبول فيه في الحبس على الشخص [٢] وعدم اعتباره في الحبس على الصرف في جهة معينه[٣].

(مسالة ١١٠) : الظاهر جواز بيع المحبس قبل انتهـاء اجل التحبيس[٤] فتنتقل العين الى المشتري على النحو الذي كانت عليـه عند البايع[٥] فيكون للمحبس عليهم الانتفاع بالعين حسب ما يقتضيه التحبيس[٦] ويجوز للمشتري المصالحة معهم على نحو لاتجوز لهم مزاحمته في الانتفاع بالعين مدة التحبيس بأن يعطيهم مالا على أن لاينتفعوا بالعين[٧] أما المصالحة معهم على اسقاط حق الانتفاع بها أوالمعاوضة معهم على حق الانتفاع بها ففيه اشكال[٨].

---

١) اذ بعد فرض توقفها على العقد لابد من الالتزام باشتراط ما يشترط فـي العقد لوحدة حكم الامثال .

٢) الكلام فيه هو الكلام فاشتراطه بالعقد من باب الاجماع .

٣) لعدم الدليل على الاشتراط .

٤) اذ المفروض ان العين باقية في ملك مالكها فلا مانع من بيعها .

٥) كما ان الأمر كذلك في بيع العين المستأجرة .

٦) كما ان الأمر كذلك في المستأجر وكلاهمـا من وادو احد ولا فرق بين المقامين من هذه الجهة .

٧) لجواز الصلح بلا كلام .

٨) اما الاول فلعدم دليل على جواز الاسقاط شرعاً وبعبارة اخرى : لادليل على جواز اسقاط الحق المذكور .

الباب الثاني في الصدقة التي تواترالروايات في الحث عليها والترغيب فيها [١] وقدورد أنها دواء المريض [٢] وبها يدفع البلاء [٣]

وأما الثاني فايضاً لعدم دليل على صحة المعاوضة عليه وان شئت قلت : ان المصالحة عليه تتوقف على جواز نقل حق الانتفاع والحال ان مشروعيته اول الكلام .

١)كما يظهر لمن يراجع مظانها .

٢) لاحظ حديث عبدالله بن سنان قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : داووا مرضاكم بالصدقة وادفعوا البلاء بالدعاء واستنزلوا الرزق بالصدقة فانها تفك من بين لحى سبعمأة شيطان (* ١) .

وحديث معاذ بن مسلم قال :كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فذكروا الوجع فقال : داوو امرضاكم بالصدقة وما على أحدكم أن يتصدق بقوت يومه ان ملك الموت يدفع اليه الصك يقبض روح العبد فيتصدق فيقال له : ردعليه الصك (* ٢)

٣) لاحظ ما رواه السكوني عن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول اللهصلى الله عليه وآله: ان الله لااله الا هو ليدفع بالصدقة الداء والدبيلة والحرق والغرق والهدم والجنون وعد سبعين باباً من السوء (* ٣) .

ولاحظ ما رواه أبو ولاد قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول بكروا بالصدقة وارغبوا فيها فمامن مؤمن يتصدق بصدقة يريد بها ما عندالله ليدفع الله بهاعنه شرماينزل من السماء الى الأرض في ذلك اليوم الا وقاه الله شرما ينزل من السماء الى الأرض في ذلك اليوم (* ٤) .

---

١ و٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب الصدقة الحديث : ١ و٢

٣) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصدقه الحديث : ١

٤) الوسائل الباب ٨ من ابواب الصدقه الحديث : ٣

وقد ابرم ابراماً[١] وبها يستنزل الرزق[٢] وأنها تقع في يد الرب قبل ان تقع في يد العبد[٣] وانها تخلف البركة[٤] وبها يقضى الدين[٥] وأنها تزيد في المال[٦]

---

١) لاحظ وصية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي عليه السلام قال : ياعلي الصدقة ترد القضاء الذي قد ابرم ابراماً ، يا علي صلة الرحم تزيد في العمر يا علي لاصدقة وذورحم محتاج يا علي لاخير في القول الا مع الفعل ولا في الصدقة الا مع النية (* ١) .

٢) لاحظ ما رواه زرارة عن الصادق عليه السلام في حديث قال : استنزلوا الرزق بالصدقة من ايقن بالخلف جاد بالعطية ان الله ينزل المعونة على قدر المؤنة (* ٢) .

٣) لاحظ ما رواه ابن سنان قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : ليس شيىء أثقل على الشيطان من الصدقة على المؤمن وهي تقع في يد الرب تبارك وتعالى قبل أن تقع في يد العبد (* ٣) .

٤) لاحظ مارواه غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان الصدقة تقضى الدين وتخلف بالبركة (* ٤) .

٥) لاحظ ما رواه غياث بن ابراهيم المتقدم .

٦) لاحظ ما رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : تصدقوا فان الصدقة تزيد في المال كثرة فتصدقوا رحمكم

---

١) نفس المصدر الحديث : ٤

٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الصدقة الحديث : ١١

٣) الوسائل الباب ١٨ من أبواب الصدقة الحديث : ١

٤) الوسائل الباب ١ من ابواب الصدقة الحديث : ١

وأنها تدفع ميتة السوء[١] والداء والدبيلة والحرق والغرق والجذام والجنون الى ان عد سبعين باباً من السوء[٢] ويستحب التبكير بها[٣] يدفع

الله (* ١) .

١) لاحظ ما رواه سالم بن مكرم عن أبي عبدالله عليه السلام قال مر يهودي الى أن قال فقال النبي صلى الله عليه وآله : ان هذا اليهودي يعضه اسود في قفاه فيقتله قال : فذهب اليهودي فاحتطب حطباً كثيراً فاحتمله ثم لم يلبث أن انصرف فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله ضعه فوضع الحطب فاذا أسود في جوف الحطب عاض على عود فقال يا يهودي أي شيىء عملت اليوم ؟ فقال ما عملت عملا الا حطبي هذا احتملته فجئت به وكان معي كعكتان فأكلت واحدة وتصدقت بواحدة على مسكين فقال رسول الله صلى الله عليه وآله بها دفع الله عنه وقال : ان الصدقة تدفع الميتة السوء عن الانسان (* ٢) .

٢) لاحظ ما رواه السكوني عن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ان الله لااله الاهو ليدفع بالصدقة الداء والدبيلة والحرق والغرق والهدم والجنون وعد سبعين باباً من السوء (*٣) وقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ان الله لااله الا هو ليدفع بالصدقة الداء والدبيلة والحرق والغرق والهدم والجنون وعد عليه السلام سبعين باباً من الشر (* ٤) .

٣) لاحظ ما رواه النخعي قال: سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : بكروا بالصدقة فان البلاء لايتخطأها (* ٥) .

---

١) نفس المصدر الحديث : ٨

٢) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصدقة الحديث : ٣

٣) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصدقة الحديث : ١

٤) من لايحضره الفقيه ج ٢ ص ٣٨ حديث : ٧

٥) الوسائل الباب ٨ من ابواب الصدقة الحديث : ١

شر ذلك اليوم[١] وفي اول الليل يدفع بها شر الليل[٢].

(مسألة ١١١): المشهور كون الصدقة من العقود فيعتبر فيها الايجاب والقبول[٣] ولكن الاظهر كونها الاحسان بالمال على وجه القربة فان كان الاحسان بالتمليك احتاج الى ايجاب وقبول وان كان بالابراء كفى الايجاب بمثل ابرأت ذمتك وان كان بالبذل كفى الاذن

---

١) لاحظ ما رواه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبدالله عليه السلام قال: من تصدق بالصدقة حين يصبح أذهب الله عنه نحس ذلك اليوم (* ١).

٢) لاحظ ما ارسله الصدوق قال: وقال يعني الصادق عليه السلام باكروا بالصدقة فان البلا يالاتتخطاها ومن تصدق بالصدقة اول النهار دفع الله عنه شرما ينزل من السماء في ذلك اليوم فان تصدق اول الليل دفع الله عنه شرما ينزل من السماء في تلك الليلة (* ٢).

٣) قال في الجواهر: « وعلى كل حال فهي عقد يفتقر الى ايجاب وقبول بلا خلاف محقق اجده فيه بل عن ظاهر المبسوط وفقه الراوندي والغنية والكفاية والمفاتيح الاجماع عليه بل صريح بعض وظاهر آخر اعتبار ما يعتبر في العقد اللازم فيها » الخ (* ٣).

مضافاً الى أنها قسم من التمليك ولا فرق بينها وبين الهبة الا بأن الصدقة مشروطة بقصد القربة بخلاف الهبة فلا اشكال في كون الصدقة من العقود ويعتبر في عقدها ما يعتبر في سائر العقود.

---

١ و٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الصدقة الحديث: ٢ و٥

٣) الجواهر ج ٢٨ ص: ١٢٤

في التصرف وهكذا فيختلف حكمها من هذه الجهة باختلاف مواردها[1]

١) قال في الجواهر : « يبقى شيء وهو احتمال دعوى اعمية الصدقة من العقد ضرورة صدقها على الابراء المتقرب به والوقف كذلك بل وعلى بذل الطعام والماء ونحوهما للفقراء والمساكين مثلا وان لم يكن على جهة معنى العقدية الذي هو قصد الارتباط بالايجاب والقبول ولقد كان علي بن الحسين عليه السلام يتصدق على الفقير » الخ .

والذي يختلج بالبال في هذه العجالة ان الامور المذكورة في المتن لاتكون داخلة في الصدقة ولا تكون محكومة بأحكامها ولا دلالة فيما نقل عن علي بن الحسين على المدعى لاحظ ما رواه ابن حمران عن ابيه عن أبي جعفر عليه السلام ان علي بن الحسين عليه السلام كان يخرج في الليلة الظلماء فيحمل الجراب على ظهره وفيه الصرر من الدنانير والدراهم وربما حمل على ظهره الطعام أو الحطب حتى يأتي باباً باباً فيقرع ثم يناول من يخرج اليه وكان يغطي وجهه اذا ناول فقيراً لئلا يعرفه فلما توفي فقدوا ذلك فعلموا أنه كان علي بن الحسين ولما وضع على المغتسل نظروا الى ظهره وعليه مثل ركب الابل مما كان يحمل على ظهره الى منازل الفقراء والمساكين الخ (* ١) .

فان المستفاد من هذه الرواية وامثالها انه عليه السلام كان يحسن الى الفقراء والمساكين ويستفاد من هذه الرواية المشار اليها انه عليه السلام كان يعطي في حال كون وجهه مغطى للمساكين ولا دلالة في الرواية ان مجرد الاحسان ولو مع قصد القربة داخل في الصدقة ومحكوم بأحكامها ولعل الماتن ناظر الى وجه ومدرك موجه عنده وعلى الجملة لادليل على هذا المدعى وهو ان مجرد الاحسان مع قصد القربة داخل في الصدقة نعم ربما يستعمل عنوان الصدقة في بعض الموارد كقولهم

١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الصدقة الحديث : ٨

(مسألة ١١٢) : المشهور اعتبار القبض فيها مطلقاً ولكن الظاهر انه لا يعتبر فيها كلية [١] وانما يعتبر فيها اذا كان العنوان المنطبق عليه مما يتوقف على القبض فاذا كان التصدق بالهبة او بالوقف اعتبر القبض واذا كان التصدق بالابراء او البذل لم يعتبر وهكذا [٢].

(مسألة ١١٣) : يعتبر في الصدقه القربة [٣] فاذا وهب او أبرأ او وقف

« عون الضعيف من افضل الصدقة » ولكن الاستعمال أعم من الحقيقة وباب المجاز واسع والله العالم .

١) قد ظهر مما تقدم ان كون مطلق الاحسان بالمال مع قصد القربة داخلا في الصدقة اول الكلام والاشكال فلو بذل شخص مقداراً من الاموال للفقراء والمساكين بقصد القربة ولكن لم يعرض عن مملوكه هل يمكن الجزم بعدم امكان الرجوع فيه واما اذا أعرض عن مملوكه وقلنا ان الاعراض يوجب الخروج عن الملك فهل يمكن أن يقال : انه مصداق للصدقة بحيث لا يجوز الرجوع فيه من قبل مالكه ؟ وأيضاً لا يجوز التصرف فيه لمن لا يكون فقيراً وبعبارة اخرى : اي دليل دل على خروجه عن ملكه بعد الاعراض واختصاصه بناحية خاصة وعلى فرض الالتزام بما ذكر لا فرق بين أن يكون الصادر منه بقصد القربة وبين أن لا يكون كذلك فلاحظ.

٢) بلا خلاف اجده فيه كما اعترف به غير واحد ـ هكذا في الجواهر ـ والحق أن يقال : انه اذا كانت الصدقة بعنوان الهبة فلا اشكال في توقفها على القبض وأما الوقف فقد مر الكلام فيه سابقاً وأما التصدق بنحو آخر فقد مر الاشكال فيه .

٣) بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه ـ هكذا في الجواهر ـ وتدل على المدعى النصوص منها ما رواه حماد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا صدقة

بلاقصد القربة كان هبة وابراء ووقفاً ولايكون صدقة[١].

(مسألة ١١٤): تحل صدقة الهاشمي على الهاشمي وعلى غيره حتى زكاة المال وزكاة الفطرة وأما صدقة غير الهاشمي فان كانت زكاة المال اوزكاة الفطرة فهي حرام[٢] ولاتحل للمتصدق عليه[٣] ولاتفرغ ذمة المتصدق بها عنها[٤] وان كانت غيرهما فالاقوى جوازها سواء كانت واجبة كردالمظالم والكفارات وفديةالصوم أم مندوبة[٥] الا اذا كانت من قبيل ما يتعارف مـن دفع المال القليل لدفع البلاء ونحو ذلك مما كان من مراسم الذل والهوان ففي جواز مثل ذلك اشكال[٦].

(مسألة ١١٥): لايجوز الرجوع في الصدقة اذا كانت هبـة

ولا عتق الا ما اريد به وجه الله عزوجل (* ١).

١) اذ بعد فرض كون الصدقة متقومة بقصد القربة لايمكن تحققها بدون قصد القربة.

٢) كما تقدم الكلام حول هذه الجهة في كتاب الزكاة.

٣) اذ التمليك بهذا العنوان وحيث انه وقع في غير محله لامجال للحلية.

٤) كما هو ظاهر فان المقيد ينتفي بانتفاء قيده وان شئت قلت: الاجزاء يحتاج الى الدليل والمفروض عدم الدليل فلاوجه للفراغ.

٥) لعدم الدليل على الاشتراط ومقتضى الاطلاقات هو الجواز.

٦) ما أفاده من العناوين الثانوية ولابد من ملاحظته في كل مورد.

---

١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث: ٢

مقبوضة[١] وان كانت لاجنبي على الاصح[٢].

(مسألة ١١٦): تجوز الصدقة المندوبة على الغني والمخالف[٣] والكافر الذمي[٤].

---

١) ادعي عليه الأجماع وتدل عليه جملة من النصوص منها ما رواه ابن سنان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق بالصدقة ثم يعود في صدقته فقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله انما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي يقيىء ثم يعود في قيئه (* ١) .

٢) للاطلاق فلاحظ .

٣) للاطلاق وعدم التقييد لاحظ ما رواه غياث ابن ابراهيم عـن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان الصدقة تقضى الدين وتخلف بالبركة (* ٢) .

٤) قال في الحدائق : «قدصرح جملة من الاصحاب بأنه تجوز الصدقة على الذمي وان كان اجنبياً » (*٣) انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع في علومقامه ويمكن الاستدلال على المدعى بقوله تعالى لاينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم (* ٤) فان المستفاد من الاية الشريفة جواز الاحسان الى اهل الذمة .

ويمكن الاستدلال بما رواه سدير الصير في قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام اطعم سائلا لاأعرفه مسلماً ؟ قال : نعم اعط من لاتعرفه بولاية ولا عداوة للحق ان الله عزوجل يقول : وقولـوا للناس حسناً ولا تطعم من نصب لشيىء من الحق أو

---

١) الوسائل الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ١ من ابواب الصدقة الحديث : ١

٣) الحدائق ج ٢٢ ص : ٢٧١

٤) الممتحنة/٨

(مسألة ١١٧) : الصدقة المندوبة سراً افضل[1] الا اذا كان الاجهار بها بقصد رفع التهمة او الترغيب او نحو ذلك مما يتوقف على الاجهار[2] أما الصدقة الواجبة ففي بعض الروايات ان الافضل اظهارها[3] وقيل

دعا الى شيىء من الباطل (* ١) .

وبحديث محمد بن مسلم عن أبي عبدالله قال : قال ابو جعفر عليه السلام : أعط السائل ولو كان على ظهر فرس (* ٢) .

وبحديثه الاخر قال : قال أبو جعفر عليه السلام لو يعلم المعطي ما في العطية ما رد أحد احداً (* ٣) .

وبرواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لاتقطعوا على السائل مسألته فلولا ان المساكين يكذبون ما أفلح من ردهم (* ٤) .

١) تدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال صدقة العلانية تدفع سبعين نوعاً من أنواع البلاء وصدقة السر تطفى غضب الرب (* ٥) .

٢) فان العناوين الثانوية تغير الاحكام .

٣) لاحظ ما رواه أبو بصير يعني ليث بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله تعالى : : « انما الصدقات للفقراء والمساكين » (الى أن قال) وكلما فرض الله عليك فاعلانه افضل من اسراره وكلما كان تطوعاً فاسراره افضل من

---

١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب الصدقة الحديث : ٣

٢ و٣) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الصدقة الحديث : ١ و٢

٤) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الصدقة الحديث : ٣

٥) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الصدقة الحديث : ٦

الافضل الاسرار بها[١] والاظهر اختلاف الحكم باختلاف الموارد في الجهات المقتضية للاسرار والاجهار[٢].

(مسألة ١١٨) : التوسعة على العيال أفضل من الصدقة على غيرهم[٣] والصدقة على القريب المحتاج أفضل من الصدقة على غيره[٤]

اعلانه ، ولو ان رجلا يحمل زكاة ماله على عاتقه فقسمها علانية كان ذلك حسناً جميلا (* ١) والسند ضعيف بابن يحيى .

١) قال في الجواهر : « نعم في الدروس وغيرها تخصيص ذلك للمندوبة وأما الواجبة فالأفضل اظهارها » الى أن قال : « لكن المصنف وغيره إطلقوا افضلية السر وهو لايخلو عن وجه والأمر سهل » الخ (* ٢) .

٢) لعدم الدليل المعتبر على احد الطرفين فيختلف الحكم باختلاف الموارد ولا يبعد أن يستفادمن بعض النصوص الاختلاف بين الزكاة وغيرها لاحظ مارواه ابن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل « وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم » فقال : هي سوى الزكاة ان الزكاة علانية غير سر (* ٣) فلا بأس بالتفصيل بين الزكاة وغيرها والله العالم .

٣) لاحظ ما رواه عبد الأعلى عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : كل معروف صدقة وافضل الصدقة عن ظهر غني وابدء بمن تعول واليد العليا خير من اليد السفلى ولا يلوم الله على الكفاف (* ٤) .

٤) لاحظ ما ارسله الصدوق قال : قال عليه السلام : لاصدقة وذورحم

---

١) الوسائل الباب ٥٤ من أبواب المستحقين للزكاة الحديث : ١

٢) الجواهر ج ٢٨ ص : ١٣٠ ــ ١٣١

٣) الوسائل الباب ٥٤ من أبواب المستحقين للزكاة الحديث : ٢

٤) الوسائل الباب ٤٢ من ابواب الصدقة الحديث : ٥

وافضل منها الصدقة على الرحم الكاشح يعني المعادي[١] ويستحب التوسط في ايصالها الى المسكين ففي الخبر لوجرى المعروف على ثمانين كفاً لاجروا كلهم من غيران ينقص صاحبه من اجره شيئاً والله سبحانه العالم الموفق[٢].

كتاب النكاح وفيه فصول الفصل الاول

النكاح ثلاثة دائم ومنقطع وملك يمين[٣] ويفتقر الاول الى العقد

محتاج (* ١).

١) لاحظ ما رواه السكوني عن أبي عبدالله قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وآله أي الصدقة أفضل ؟ قال : على ذي الرحم الكاشح (* ٢).

٢) لاحظ ما رواه أبو نهشل مرسلا عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لوجرى المعروف على ثمانين كفاً لأجروا كلهم من غير أن ينقص صاحبه من اجره شيئاً (* ٣).

والحمدلله اولا وآخراً وظاهراً وباطناً قد وقع الفراغ من كتابة شرح كتاب الوقف والصدقات في يوم الاربعاء غرة شهر ربيع الثاني من سنة ١٤١٠ بعد الهجرة على مهاجرها وآله آلاف التحية والثناء .

٣) قد يراد من النكاح الوطي ، قال في الحدائق : « لااشكال ولا خلاف في أن لفظ النكاح قد يطلق ويراد به الوطي وقد يطلق ويراد به العقد خاصة في كل

---

١) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب الصدقة الحديث : ٤

٢) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب الصدقة الحديث : ١

٣) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب الصدقة الحديث : ١

وهو الايجاب والقبول(١)

من عرفي الشرع واللغة وظاهر كلام الجوهري ان استعماله في الوطيء اكثر»(*١) انتهى .

وقد عقد صاحب الوسائل باباً سماه باب ان النكاح الحلال ثلاثة اقسام : دائم ومنقطع وملك يمين عيناً ومنفعة (* ٢) .

١) قال في الحدائق : «اجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح على الايجاب والقبول اللفظيين (* ٣) انتهى .

وعن الشيخ الاعظم قدس سره انه اجمع علماء الاسلام ـ كما صرح به غير واحد ـ على اعتبار اصل الصيغة في عقد النكاح لايباح بالاباحة ولا المعاطاة الخ

ويمكن الاستدلال على المدعى بعدة روايات منها رواية ابان بن تغلب قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام كيف اقول لها اذاخلوت بها ؟ قال : تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لاوارثة ولاموروثة كذا وكذا يوماً ، وان شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهماً وتسمى من الاجر « من الأجل يب » ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيراً ، فاذا قالت : نعم فقد رضيت وهي امراتك وأنت أولى الناس بها الحديث (* ٤) وغيرها من الروايات الواردة في الباب ١٨ من أبواب المتعة من الوسائل .

وللاستدلال بهذه النصوص على المدعى تقريبات احدها : مفروغية اشتراط القول في تحقق المتعة وانه لابد من انشائها باللفظ فانه يستفاد من بعض تلك الروايات ان هذا امر مفروغ عنه عند السائل وانما يسئل الامام روحي فداه عن

١) الحدائق ج ٢٣ ص : ١٨
١) الوسائل الباب ٣٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه
٣) الحدائق : ج ـ ٢٣ ص : ١٥٦
٤) الوسائل الباب ١٨ من ابواب المتعة الحديث : ١

بلفظ الماضي[1]

الكيفية لاحظ الحديث الاول والسادس من الباب .

ثانيها : قوله روحي فداه في ذيل الحديث الاول من الباب (فاذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرئتك) فان المستفاد من هذه الجملة بمقتضى مفهوم الشرط انه لاتتحقق الزوجية ولا تحل الا بقولها نعم .

ثالثها : ان المستفاد من تلك النصوص ان نكاح المتعة يشترط في تحققه اللفظ في مقام الانشاء فانه عليه السلام في جميع تلك النصوص يأمر بالاتيان باللفظ في مقام الانشاء .

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه بريد قال : سألت أبا جعفرَ عليه السلام عن قول الله عزوجل « واخذن منكم ميثاقاً غليظاً » فقال : الميثاق هو الكلمة التى عقد بها النكاح ، وأما قوله : « غليظاً » فهو ماء الرجل يفيضه اليها (* ١) ، فان المستفاد من الرواية ببركة تفسيره روحي فداه ان النكاح يتقوم بالقبول فلاحظ .

١) كما ذهب اليه المشهور على ما في كلام بعض الاصحاب وذكرت في تقريب دليله امور :

الأمر الاول : انه القدر المتيقن وفيه اولا ان هذا المقدار لايكون مانعاً عن الاخذ باطلاق دليل النكاح والايلزم انهدام الاطلاق في جميع الادلة اذ في كل مورد يكون المتيقن متصورا وثانياً يكفى للدلالة على العموم مضافاً الى الاطلاق النصوص الواردة في باب المتعة (* ٢) فان المذكور فيها غير الماضي .

الامر الثاني : ان الماضي صريح في الانشاء وفيه انه لافرق بين الماضي

---

١) الوسائل الباب ١ من أبواب أولياء العقد الحديث : ٤

٢) لاحظ ص : ٥٣٢

على الاحوط استحباباً كزوجت وانكحت وقبلت[١] وتجزي ترجمتها بشرط العجز عـن العربية على الاحوط وجوباً[٢]

والمضارع من هذه الجهة وان الجملة الخبرية ماضوية كانت أو مضارعية ظاهرة في الأخبار فلو قامت قرينة على ارادة الانشاء من الصيغة ترفع اليد عن الظهور الاولي بلا فرق بين الماضي والمضارع واحتمال الوعد في المضارع مدفوع بالقرينة مضافاً الى انه يكفي في تحقق الانشاء الظهور ولا يحتاج الى الصراحة اضف الى ذلك كله النصوص المشار اليها آنفاً فلا مجال لهذه التقاريب اذ لافرق بين الدوام والانقطاع من هذه الجهة عرفاً وحيث لاتشترط الماضوية في ايجاب المتعة لايشترط في الدائم .

الامر الثالث ان التعدي من الماضى الى المضارع يوجب الانتشار وعدم وقوع الصيغة على قاعدةمعينة وفيه انه لامانع من الانتشار اذا كان على طبق القواعد المقررة .

وصفوة القول : انهبعد فرض الأطلاق مضافاً الى النصوص الخاصةالواردة في باب المتعة لايبقى مجال للاشكال فلاحظ .

١) خروجاً عن شبهة الخلاف .

٢) في المقام فرعان : الأول انه هل يجوز الانشاء بغير العربية مع امكانها ؟ ربما يقال بالاشتراط بل هو المعروف عندهم وما استدل عليه أو يمكن الاستدلال به وجوه :

احدها : انه لايصدق العقد على غير العربيةوفيه ان العقد امر قلبي واللفظ او الفعل مبرزلذلك الأمر القلبي فلامجال لهذا الاستدلال والحاصل ان العقدعبارة عن ارتباط احد الاعتبارين بالاخر ولا فرق في تحققه بين أن يكون المبرز لفظاً أو فعلا وعلى تقدير كونه لفظاً عربياًكان أو غيره مضافاً الى أنه لو سلم عدم صدق

العقد على غير العربي فلازمه عدم الفرق بين القدرة وعدمها وبعبارة اخرى : ليس هذا من التكاليف الشرعية كي يقال يختص بحال القدرة .

ثانيها : ان اللفظ العربي هو القدر المتيقن من جواز انشاء العقد به وفيه ان هذا لايكون مانعاً عن الاخذ بالاطلاق وقد مر قريباً ان المتيقن لو كان مانعاً عن الاخذ بالاطلاق لأنسد باب الاخذ باطلاقات الكتاب والسنة فلاحظ .

ثالثها : الاجماع فانه نقل عن العلامة (ره) بأنه لايتحقق بغير العربية عند علمائنا وهوقول الشافعي واحمد وفيه انالاجماع المنقول لايكون حجة والمحصل منه على تقدير حصوله محتمل المدرك فلا يكون حجة .

رابعها : انه مقتضى الأصل فان مقتضاه عدم ترتب الأثر عند الشك وفيه انه لامجال للأصل مع وجود الاطلاق ان قلت لامجال للأخذ بالاطلاق لانصرافه الى ما هو المتعارف من العربية قلت : التعارف لايقتضي الانصراف وعلى فرض تسلمه بدوي فلا يكون مانعاً من الاطلاق ومعه لامجال للأصل .

خامسها : ان غير العربية بالنسبة اليها كالكناية وفيه اولا منع كون غيرا لعربية كالكناية وثانياً انه لامانع من الانشاء بالكناية اذا صدق عليه المفهوم .

سادسها : ان اعتبار غير العربية خلاف الاحتياط اللازم في الفروج وفيه انه لامجال لهذا التقريب مع الاطلاق مضافاً الى أنه يمكن أن يقال بأن الاحتياط يقتضي التوسعة كي ينسد باب السفاح .

الفرع الثاني : الجواز مع عدم امكان العربية وربما يستدل عليه بما ورد في الاخرس من جوازطلاقه بالاشارة لاحظ ما رواه البزنطي انه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عند المرأة يصمت ولا يتكلم قال : اخرس هو ؟ قلت : نعم ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها أيجوز أن يطلق عنه وليه ؟ قال :

وتجزي الاشارة مع العجز عن النطق[١] ولو زوجت المرأة نفسها صح[٢] ويشترط في تزويج البكر اذن الولي وهو الاب أو الجد للاب على

لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت : فانه لايكتب ولايسمع كيف يطلقها قال : بالذي يعرف به من افعاله مثل ماذكرت من كراهته وبغضه لها (* ١) وغيره من الروايات الواردة في الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه من الوسائل فراجع .

بتقريب ان المستفاد من هذه النصوص انه مع العجز عن العربية يكفي غيرها عن الطلاق وفيه انه حكم وارد في مورد خاص ولذا لايمكن الالتزام بالاشارة في غير الاخرس كالذي يكون مانع في لسانه من التكلم فالحق أن يقال : ان كان المستند للاشتراط قاصراً للشمول كالاجماع الذي ليس له اطلاق والمقدار المعلوم صورة التمكن فلابد من الالتزام بعدم الاشتراط مع عدم التمكن ونلتزم بالجواز للاطلاقات ، وان قلنا ان المستند النصوص الواردة في المتعة بتقريب انه يستفاد منها الاشتراط فلابد من الالتزام بالاشتراط على الاطلاق اذ الحكم الوضعي غير مرهون بالقدرة فمع عدم التمكن ولو من التوكيل يلزم أن يكون بالعربي ومع عدم الامكان حتى من التوكيل لايجوز له النكاح الا أن يقال انا نقطع بعدم رضاء الشارع بتعطيل أمر النكاح واثبات هذا المدعى على مدعيه والله العالم .

١) لاحظ النصوص الواردة في الاخرس منها مارواه البزنطي (* ٢) المتقدم ولايخفى ان هذا حكم وارد في الاخرس ولا وجه لتسريته الى كل مورد لايكون الشخص قادراً على النطق ولذا رتب الحكم في المورد على هذا العنوان .

٢) بلا اشكال ولاكلام بل من الضروريات والواضحات .

---

١) الوسائل الباب ١٩ من ابواب مقدمات الطلاق الحديث : ١

٢) لاحظ ص : ٥٣٥

الاحوط وجوباً[1]

---

١) الاقوال في المقام مختلفة : الاول استقلال الولي ذهب اليه جماعة منهم صاحب الحدائق (ره) الثاني : استقلال البكر، الثالث: التشريك بينها وبين وليها وتدل على القول الاول جملة من النصوص : منها ما رواه فضل بن عبدالملك عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لاتستأمر الجارية التى بين ابويها اذا اراد ابوها أن يزوجها هو أنظر لها وأما الثيب فانها تستأذن ، وان كانت بين ابويها اذا أرادا أن يزوجاها (* ١) .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ألهامع أبيها أمر؟ فقال: ليس لهامع ابيها أمر مالم تثيب (*٢)

ومنها : ما رواه عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : لاتستأمر الجارية في ذلك اذا كانت بين ابويها فاذا كانت ثيباً فهي أولى بنفسها(*٣)

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال : لاتستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الأب أمر ، وقال : يستأمرها كل احد ما عدا الأب (* ٤) .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الجارية يزوجها ابوها بغير رضاء منها قال : ليس لها مع أبيها أمر اذا أنكحها جاز نكاحه وان كانت كارهة (* ٥) .

ومنها : ما رواه علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام

---

١) الوسائل الباب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٦

٢) نفس المصدر الحديث : ١١

٣) نفس المصدر الحديث : ١٣

٤) الوسائل الباب ٤ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٣

٥) الوسائل الباب ٩ من أبواب عقدالنكاح وأولياء العقد الحديث : ٧

قال : سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوج ابنته بغير اذنها ؟ قال : نعم ليس يكون للولد أمر الا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك ، فتلك لايجوز نكاحها الا أن تستأمر (* ١) .

ومنها ما رواه عبدالله « عبد الملك خ ل » بن الصلت قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجها ابوها لها أمر اذا بلغت ؟ قال : لاليس لها مع أبيها أمر قال : وسألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع ابيها أمر قال : ليس لها مع ابيها أمر مالم تكبر « تثيب » (* ٢) .

ومنها : ما رواه بريد « يزيد » الكناسي قال قلت لأبي جعفر عليه السلام متى يجوز للأب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها؟ قال اذاجازت تسع سنين الحديث(*٣) ويستفاد من هذه الطائفة ان البكر لاأمر لها وأمرها بيد ابيها .

ويعارضها مـا رواه صفوان قال : استشار عبدالرحمن موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن اخيه ، فقال : افعل ويكون ذلك برضاها ، فان لها في نفسها نصيباً قال : واستشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته علي بن جعفر فقال : افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظاً (*٤)

وفي كلام سيدنا الاستاد (* ٥) ان الجمهور قائلـون باستقلال الأب فيكون الترجيح بالمخالف مع الطائفة الثانية ، وعلى تقدير الاغماض تصل النوبة الـى الطائفة الثالثة الدالة بالاطلاق على استقلال البكر في نكاحها .

---

١) نفس المصدر الحديث : ٨

٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياءالعقد الحديث : ٣

٣) نفس الصدر الحديث : ٩

٤) الوسائل الباب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياءالعقد الحديث : ٢

٥) ج ـ ٢ مستند العروة كتاب النكاح ص : ٢٥٦

. . . .

لاحظ ماروواه منصور بن حازم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح الا بأمرها (* ١) .

ولاحظ ما رواه ميسرة قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : القى المرأة بالفلاة التي ليس فيها احد ، فاقول لها: ألك زوج ؟ فتقول : لا ؟ فاتزوجها ؟ قال نعم هي المصدقة على نفسها (* ٢) .

ولاحظ ما رواه عبيد بن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن مملوكة كانت بيني وبين وارث معي فاعتقناها « فاعتقها . فاعتقتها. خ ل » ولها اخ غائب وهي بكر أيجوز لي ان ازوجها أو لايجوز الا بأمر اخيها ؟ قال : بلى يجوز ذلك ان تزوجها ، قلت : فاتزوجها ان اردت ذلك ؟ قال : نعم ؟ (* ٣) .

وفي المقام نصوص تدل على اشتراط اذن الأب في نكاح البكر : منها : ما رواه ابو مريم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الجارية البكر التي لها الأب لاتتزوج الا باذن ابيها ، وقال : اذا كانت مالكة لأمرها تزوجت متى « ما . خ » شائت (* ٤) .

ومنها : ما رواه ابن بكير ، عن رجل ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لابأس ان تزوج المرأة نفسها اذا كانت ثيباً بغير اذن ابيها اذا كان لابأس بما صنعت (* ٥) .

ومنها : ما رواه سعيد بن اسماعيل، عن ابيه ، قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج ببكر أو ثيب لايعلم أبوها ولا احد من قرابتها، ولكن تجعل المرأة وكيلا فيزوجها من غير علمهم ، قال : لايكون ذا (* ٦) .

---

١) الوسائل الباب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١

٢ و٣) الوسائل الباب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٥ و٩

٤ و٥ و٦) نفس المصدر الحديث : ٧ و١٤ و١٥

. . . .

ومنها : مـا رواه زرارة بن اعين قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : لاينقض النكاح الا الأب (* ١) .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قـال : لاينقض النكاح الا الأب (* ٢) .

ومنها : ما رواه ابن أبي يعفور ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لاتنكح ذوات الاباء من الابكار الا باذن آبائهن (* ٣) ومنها ما رواه صفوان (* ٤) .

اذا عرفت ذلك نقول : تقع المعارضة بين هذه الطائفة وما يدل على استقلال الأب وان شئت قلت : مـا يدل على استقلال الأب يعارض ما يدل علـى استقلال البكر وأيضاً يعارض ما يدل على لزوم رضا الأب والبكر جميعاً وحيث ان مذهب العامة مختلف على ما في كلام صاحب الحدائق (قده) (* ٥) لاترجيح في احد الطرفين من هذه الجهة فتصل النوبة الى ما يدل باطلاقه ان امرها بيدها .

فالحق هو القول الثاني ، لكن يرد على هذا التقريب ان ما يدل على استقلال الأب يعارض مـا يدل على استقلال البكر فان مـا يدل على استقلاله لايجتمع مع مـا يدل على كفاية رضـا البكر فالنتيجة ان النصوص متعارضة وحيث ان المرجح الأول في باب الترجيح الموافقة مـع الكتاب يكون الكتاب مرجحاً لما يدل باطلاقه على جواز النكاح فان مقتضى قوله تعالى « فانكحوا مـا طاب لكم من النساء مثنى وثلاث وربـاع » (* ٦) وقوله تعالى « وانكحوا الا يامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع

---

١ و٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١ و٥

٣) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٥

٤) لاحظ ص : ٥٣٨

٥) ج ٢٣ ص : ٢٢٤

٦) النساء/٣

. . . .

عليم (* ١) جواز نكاح البكر بلا اذن ابيها .

وبعبارة اخرى : ان المستفاد من الايتين جواز النكاح على الاطلاق بلا اشتراط اذن الأب ، وان شئت قلت : ان المستفاد منهما كفاية اذن البكر كما انهما تدلان على كفاية رضى الزوج فالنتيجة انه يتحقق النكاح باذن البكر ولايشترط فيه اذن الاب .

وقد بنينا اخيراً على انحصار المرجح في الأحدثية وتعرضنا لتفصيل البحث في خاتمة الجزء الثامن من هذه الموسوعة وعلى هذا حيث ان الأحدث غير محرز يدخل المقام في باب اشتباه الحجة بغيرها فلابد من الاحتياط والله العالم .

ثم انه ليس في هذه النصوص ما يدل على ولاية الجد على البكر الرشيدة فعلى القول بولاية الأب استقلالا أو اشتراكا لاوجه لتسرية الحكم الى الجد ويظهر من كلماتهم التسالم على ولايته أيضاً نعم النصوص التي استدل بها على ولاية الجد على الصغيرة باطلاقها تشمل البالغة لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال : اذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جايز على ابنه ، ولأبنه أيضاً ان يزوجها فقلت: فان هوى ابوها رجلا وجدها رجلا فقال : الجد اولى بنكاحها (* ٢)

وما رواه عبيد بن زرارة قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوجها من رجل ويريد جدها أن يزوجها من رجل آخر فقال : الجد أولى بذلك مالم يكن مضاراً ان لم يكن الأب زوجها قبله ، ويجوز عليها ترويج الاب والجد (* ٣) .

وما رواه ابو العباس عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا زوج الرجل فأبي ذلك والده فان تزويج الأب جايز وان كره الجد ليس هذا مثل الذي يفعله الجد ثم يريد الأب أن يرده (* ٤) .

---

١) النور/٣٢

٢ و٣ و٤) الوسائل الباب ١١ من عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١ و٢ و٦

الا اذا منعها الولي عن التزويج بالكفؤ شرعاً وعرفاً فانه تسقط ولايته حينئذ[1].

ولكن ترفع اليد عن اطلاقها بما دل على أن البالغة الرشيدة أمرها بيدها لاحظ ما رواه محمد بن مسلم وزرارة وبريد بن معاوية كلهم عن أبي جعفر عليه السلام قال: المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جايز (* ١).

وما رواه عبد الرحمن بن أبي عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: تزوج المرأة من شائت اذا كانت مالكة لامرها، فان شائت جعلت ولياً (* ٢) وما رواه ميسرة (* ٣) وما رواه منصور بن حازم (* ٤).

١) قد ذكرت لاثبات المدعى وجوه: الوجه الاول: الاجماع، نقل دعواه عن الشرايع والتذكرة والقواعد وجامع المقاصد والمسالك وكشف اللثام وعن الجواهر ادعاء الاجماع بقسميه عليه وهو العمدة وان أمكن النقاش في كونه تعبدياً كاشفاً اذ يحتمل الاستناد الى بقية الوجوه والله العالم.

الوجه الثاني: دليل نفي العسر والحرج بتقريب: ان المستفاد من الأدلة كون البكر الرشيدة مالكة لأمرها وزواجها لكن قيد الدليل باشتراط اذن الأب ودليل الاشتراط مقيد بصورة عدم الحرج فان دليله حاكم على جميع ادلة الاحكام ففي صورة الحرج ترفع اليد عن دليل التقييد ويبقى دليل كون اختيارها بيدها سالماً عن المعارض فلا مجال لأن يقال: ان دليل نفي الحرج رافع للحكم لامثبت اذ ظهر ان الاثبات ليس بدليل نفي الحرج لكن هذا الوجه يختص بصورة كون الاشتراط حرجياً لامطلقاً.

---

١) الوسائل الباب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث: ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٨

٣ و٤) لاحظ ص: ٥٣٩

الوجه الثالث : ما رواه أبــو حمزة الثمالي ، عن أبي جعفر عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل : أنت ومالك لأبيك ، ثم قال أبو جعفر عليه السلام : ما احب « لاتحب خ ل » أن يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج اليه مما لابد منه ان الله لايحب الفساد (* ١) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان ولاية الأب محدودة في مال الولد فبطريق اولى محدودة في باب النكاح فان العرض اهم من المال وان الله لايحب الفساد .

الوجه الرابع : انه يستفاد من بعض نصوص ولايــة الأب ان جعل الولاية لأجل مصلحة البنت وان لــلأب النظر لاحظ ما رواه فضل بن عبد الملك (* ٢) فجعل الولاية بلحاظ مصلحة البنت فلا تبقى ولايته مع العزل .

الوجه الخامس: انه يستفاد من عدة نصوص ان الزوج اذا طلق زوجته طلاقاً على طبق مذهبه يكون الطلاق صحيحاً ويجوز تزويج المرأة وقد علل فــي بعض تلك النصوص بأنها لاتترك بلا زوج لاحظ ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت له :امرأة طلقت على غير السنة، فقال: يتزوج هذه المرأة لاتترك بغير زوج(*٣) فان المستناد من هذا التعليل ونحوه ان المرئة لاتترك بلا زوج ، فلاحظ .

١) يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه : الوجه الاول : ان العقد بالاجازة ينسب الى من بيده الأمر فيصح وبعبارة اخرى : الفضولي يصح بالأجازة لتحقق النسبة بقاء ، وان شئت قلــت العقد يصير منسوباً الــى المجيز فيصير موضوعاً للحكم .

---

١) الوسائل الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٢

٢) لاحظ ص : ٥٣٧

٣) الوسائل الباب ٣٠ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه الحديث : ٣

. . . .

وفيه انه لا اشكال في أن الشيىء لا ينقلب عما هو عليه والانقلاب محال والمفروض ان اذن الولي شرط في صحة العقد ومن ناحية اخرى المفروض ان ما وقع فضولة لم يكن واجداً للشرط ففي زمان حدوث العقد لم يكن مقروناً بالشرط وبقاء لا يكون عقداً جديداً .

وصفوة القول: ان الفاقد للشرط لا يصير واجداً فالفضولي لا يكون صحيحاً على طبق القاعدة الأولية كما هو المدعى عند القوم بل يحتاج الى دليل خاص .

الوجه الثاني : ما رواه ابوعبيدة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليـان لهما وهما غير مدركين قال : فقال : النكاح جائز ايهما أدرك كان لـه الخيار فان ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر الا أن يكون قد أدركا ورضيا ، قلت : فان أدرك احدهما قبل الآخر قـال : يجوز ذلك عليه ان هو رضي ، قلت: فان كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترثه ؟ قـال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها الى اخذ الميراث الا رضاها بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر قلت : فان ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثهـا الزوج المدرك ؟ قال : لا لأن لها الخيار اذا ادركت قلت : فان كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك قال : يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية (* ١) .

فان المستفاد مـن الحديث ان عقـد النكاح فضولة يصح بالاجازة ، وفيه انه يتوقف على استفادة الكلية من الحديث وادعاء عدم الفرق بين الموارد وهل يمكن هذه المدعوى بالنسبة الى الاحكام الشرعية التعبدية أم لا ؟ .

الوجه الثالث: ما ورد في نكاح العبد بدون اجازة المولى من الحكم بالصحة

---

١) الوسائل الباب ١١ من ابواب ميراث الازواج الحديث : ١

. . . .

مع الاجازة معللا بأنه لم يعص الله وانما عصى سيده ، لاحظ ما رواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما، قلت : أصلحك الله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي واصحابهما يقولون: ان اصل النكاح فاسد ولا تحل اجازة السيد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : انه لم يعص الله، وانما عصى سيده ، فاذا اجازه فهو له جايز (* ١) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث بمقتضى عموم التعليل ان العقد لو لم يكن فاقداً للشرائط وكان نقصانه بلحاظ فقده اذن بيده الأمر يصح بالاجازة اللاحقة فالعقد الفضولي يصح بالاجازة اللاحقة مطلقاً .

وفيه : اولا انه حكم وارد في مورد العبد وبعموم العلة نتعدي عن زواجه الى بيعه وصلحه وبقية عقوده واما السراية الى غير العبد فلاوجه له وان شئت قلت مقتضى عموم العلة أن يقال : ان العبد اذا عقد عقداً بلا اذن المولى يصح عقده باجازة اللاحقة وأما في غير العبد فبأي تقريب نلتزم بالسراية ، وبعبارة اخرى : العبد موضوع للحكم وتسرية الحكم من موضوع الى موضوع آخر يتوقف على الدليل ، وبعبارة ثالثة العلة المنصوصة المذكورة كون العبد لم يعص الله فلابد من التحفظ على عنوان الموضوع .

وثانياً : انه يستفاد من روايه اخرى لزرارة ان العقد صحيح غاية الأمر ان المولى يجوز له فسخه وهي ما رواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج عبده « امرأة » بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه قال : ذاك لمولاه ان شاء فرق بينهما، وان شاء أجاز نكاحهما فان فرق بينهما فللمرأة

---

١) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

(مسألة ١) : يجري في صورة عقد النكاح الدائم أن تقول الزوجة للزوج : زوجتك نفسي بمهر دينار مثلا ، فيقول الزوج : قبلت واذا كانت الزوجة قد وكلت كيلا قال وكيلها للزوج: زوجتك موكلتي هنداً مثلا بمهر دينار، فيقول الزوج قبلت واذا كان الزوج قد

ما أصدقها ، الا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً، و ان اجاز نكاحه فهما على نكاحهما الاول ، فقلت لأبي جعفر عليه السلام : فان اصل النكاح كان عاصياً ، فقال أبو جعفر عليه السلام : انما اتى شيئاً حلالا وليس بعاص لله انما عصى سيده ولم يعص الله ان ذلك ليس كاتيان ما حرم الله عليه من نكاح في عدة واشباهه (* ١)

ولاحظ ما رواه علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر، عن أبيه ، عن آبائه عن علي عليهم السلام انه اتاه رجل بعبده ، فقال : ان عبدي تزوج بغير اذني فقال علي عليه السلام لسيده ، فرق بينهما ، فقال السيد لعبده : يا عدو الله طلق ، فقال له علي عليه السلام كيف قلت له ؟ قال : قلت له : طلق ، فقال علي عليه السلام للعبد: أما الان فان شئت فطلق وان شئت فامسك ، فقال السيد : يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري، قال : ذلك لأنك حين قلت له: طلق أقررت له بالنكاح (*٢)

ولكن الحق : ان المستفاد من الحديث الاول لزرارة صحة العقد الفضولي بالاجازة اللاحقة الصادرة ممن بيده الامر فان العرف يفهم من هذا الحديث كبرى كلية وهي ان العقد الفاقد للشرط المذكور يصح بالاجازة فيما لايكون معصية له تعالى والحديث الثاني لزرارة يدل على جواز الاجازة ايضاً فالنتيجة ان العقد الفضولي يصح بالاجازة اللاحقة ولذا بنينا على صحة البيع الفضولي بالاجازة

---

١) نفس المصدر الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٢٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

وكل وكيلا قالت الزوجة لوكيل الزوج: زوجت موكلك زيداً مثلا نفسي بمهر دينار مثلا ، فيقول الوكيل : قبلت واذا كان كل من الزوج والزوجة قد وكل وكيلا قال وكيل الزوجة لوكيل الزوج : زوجت موكلك زيداً موكلتي هنداً بمهر دينار مثلا ، فيقول وكيل الزوج: قبلت[1] ويجوز لشخص واحد تولي طرفي العقد حتى الزوج نفسه[2].

اللاحقة في باب البيع ، والله العالم .

١) لااشكال عندهم في تحقق العقد بهذه المادة اذا كانت بصيغة الماضي ويكون الايجاب مقدماً على القبول في حال كون الايجاب من الزوجة .

وبعبارة اخرى : ما أفاده الماتن هو القدر المتيقن من الصحيح في مورد العقد والسيرة جارية عليه كما انه لااشكال نصاً وفتوى في جواز التوكيل من قبل الزوجة والزوج كبقية العقود والايقاعات .

٢) كما في بقية الموارد وربما يقال انه لايجوز لرواية عمار الساباطي قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في اهل بيت فتكره أن يعلم بها اهل بيتها ، ايحل لها ان توكل رجلا يريد أن يتزوجها ؟ تقول له : قد وكلتك فاشهد على تزويجي ؟ قال : لا ، قلت له : جعلت فداك وان كانت ايما قال : وان كانت ايما ، قلت : فان وكلت غيره بتزويجها « فيزوجها خ ل » منه ، قال : نعم (*١)

بتقريب ان المستفاذ من الرواية النهي عن تولي طرفي العقد اذا كان المتولي هو الزوج ، ولكن يمكن أن يقال ان المستفاد من الحديث ان النهي عن كون المتولي للعقد هو الشاهد على النكاح وحيث ان الخاصة لايقولون باعتبار الاشهاد

---

١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٤

لكن الاحوط استحباباً أن لايتولي الزوج الايجاب عن الزوجة والقبول عن نفسه[1].

(مسألة ٢): لايشترط الشهود في صحة النكاح[2] ولا يلتفت الى دعوى الزوجية بغير بينة مع حلف المنكر وان تصادقا على

عند الزواج تكون الرواية محمولة على بيان الحكم تقية لأن العامة يشترطون أن لايكون الشاهد هو الزوج وعلى الجملة المستفاد من الرواية النهي عن كون الزوج وكيلا في العقد وشاهداً على الزواج فلا ترتبط الرواية بما نحن فيه، فلاحظ.

١) خروجاً عن شبهة الخلاف.

٢) بلا كلام خلافاً للعامة ويكفي للمدعى الاطلاقات والسيرة الجارية الخارجية بلا نكير، مضافاً الى جملة من النصوص: منها ما رواه هشام بن سالم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: انما جعلت البينات للنسب والمواريث (* ١).

ومنها: ما رواه زرارة بن اعين قال: سئل ابو عبدالله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة بغير شهود، فقال لابأس بتزويج البتة فيمابينه وبين الله، انما جعل الشهود في تزويج البتة من اجل الولد، لولا ذلك لم يكن به بأس (* ٢).

ومنها: ما رواه حفص بن البختري، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوج بغير بينة، قال: لابأس (* ٣).

ومنها: ما رواه زرارة قال: قال أبو جعفر عليه السلام: انما جعلت الشهادة في النكاح للميراث (* ٤).

---

١) الوسائل الباب ٤٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١

٢ و٣ و٤) نفس المصدر الحديث: ٣ و٤ و٨

الدخول [١] فلو رد اليمين فحلف المدعي حكم بها [٢] كما انه يلزم المقر باقراره على كل حال [٣] ولو تصادقاً على الزوجية ثبتت [٤] . والقول قول الاب في تعيين المعقود عليها بغير تسمية مع رؤية الزوج للجميع والا بطل العقد [٥] ويستحب أن يتخير البكر [٦]

---

١) اذ مجرد الدعوى لايترتب عليه اثر والمستفاد من الأدلة ان وظيفة المدعي اقامة البينة واليمين على المنكر ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين التصادق على الدخول وعدمه .

٢) كما هو الميزان في اليمين المردودة .

٣) لقاعدة الاقرار .

٤) لأن الحق ليس خارجاً عنهما .

٥) لاحظ ما رواه أبو عبيدة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كن له ثلاث بنات ابكار فزوج احداهن رجلا ولم يسم التي زوج للزوج ولاللشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقها ، فلما بلغ ادخالها على الزوج بلغ الزوج انها الكبرى من الثلاثة ، فقال : الزوج لأبيها : انما تزوجت منك الصغيرة من بناتك قال : فقال أبو جعفر عليه السلام : ان كان الزوج رآهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن فالقول فيذلك قول الأب، وعلى الأب فيما بينه وبين الله أن يدفع الى الزوج الجارية التى كان نوى أن يزوجها اياه عند عقدة النكاح ، وان كان الزوج لم يرهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح فالنكاح باطل (* ١) .

٦) لاحظ ما رواه عبد الأعلى بن اعين مولى آل سام عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : تزوجوا الابكار فانهن اطيب شيىء افواهاًقال: (وفي حديث آخر) وانشفه ارحاماً، وادرشيىء اخلافاً (احلاماً) وافتح

---

١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١

العفيفة(١) الكريمة الاصل(٢) وصلاة ركعتين عند ارادة التزويج والدعاء بالمأثور

شيء ارحاماً ، أما علمتم اني اباهي بكم الا مم يوم القيامة حتى بالسقط يظل محبنطياً على باب الجنة ، فيقول الله عزوجل : ادخل فيقول: لاادخل حتى يدخل أبو اي قبلي فيقول الله تبارك وتعالى لملك من الملائكة : ائتني بأبويه فيأمر بهما الى الجنة ، فيقول : هذا بفضل رحمتي لك (* ١) .

١) لاحظ ما رواه جابر بن عبدالله قال : سمعته يقول :كنا عند النبي صلى الله عليه وآله فقال : ان خير نسائكم الولود الودود العفيفة العزيزة في اهلها ، الذليلة مع بعلها ، المتبرجة مع زوجها ، الحصان على غيره التي تسمع قوله ، وتطيع أمره ، واذا خلابها بذلت له ما يريد منها ، ولم تبذل كتبذل الرجل (* ٢) .

٢) لاحظ ما رواه السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال النبي صلى الله عليه وآله: اختارو النطفكم فان الخال احد الضجيعين (* ٣) .

وما رواه باسناده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : انكحوا الاكفاء وانكحوا فيهم واختارو النطفكم (* ٤) وما عن النبى صلى الله عليه وآله قال : قام النبي صلى الله عليه وآله خطيباً فقال : ايها الناس اياكم وخضراء الدمن قيل: يا رسول الله صلى الله عليه وآله : وما خضراء الدمن ؟ قال : المرأة الحسناء في منبت السوء (* ٥) .

وقال في الجواهر (* ٦) : «وقيل : المراد من كرم الأصل من لم يكن مس آبائها رق وقيل بأن يكون ابواها صالحين ، ويمكن ارادة ما يشمل جميع ذلك

---

١ و٢) الوسائل الباب ١٧ و٦٦ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ و٢

٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٢

٤ و٥) نفس المصدر الحديث : ٣ و٤

٦) ج - ٢٩ ص : ٢٧ .

وهو : « اللهم اني اريد أن اتزوج فقدر لي من النساء اعفهن فرجا واحفظهن لي في نفسها ومالي واوسعهن رزقاً واعظمهن بركة »[١].

والاشهاد على العقد[٢]

منه على معنى ان ليس في اصلها ما هو معيب ومذموم » .

١) لاحظ ما رواه أبو بصير قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : اذا تزوج احدكم كيف يصنع ؟ قال : قلت له : ما ادري جعلت فداك قال : اذا هم بذلك فليصل ركعتين ويحمدالله ويقول : « اللهم اني اريد أن اتزوج اللهم فاقدر لي من النساء اعفهن فرجاً واحفظهن لي في نفسها وفي مالي ، واوسعهن رزقاً واعظمهن بركة ، واقدر لي منها ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي » فاذا ادخلت عليه فليضع يده على ناصيتها ويقول : اللهم على كتابك تزوجتها ، وفي امانتك أخذتها ، وبكلماتك استحللت فرجها فان قضيت في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً ، ولا تجعله شرك شيطان » قلت : وكيف يكون شرك شيطان ؟ فقال : ان الرجل اذا دنا من المرأة وجلس مجلسه حضره الشيطان ، فان هو ذكر اسم الله تنحى الشيطان عنه وان فعل ولم يسم أدخل الشيطان ذكره فكان العمل منهما جميعاً والنطفة واحدة ، قلت : فبأي شيء يعرف هذا جعلت فداك ؟ قال : بحبنا وبغضنا (* ١) .

٢) لاحظ ما رواه المهلب الدلال انه كتب الى أبي الحسن عليه السلام ان امرأة كانت معي في الدار ، ثم انها زوجتني نفسها ، واشهدت الله وملائكته على ذلك ثم ان اباها زوجها من رجل آخر ، فما تقول ؟ فكتب عليه السلام : التزويج الدائم لا يكون الا بولي وشاهدين ، ولا يكون تزويج متعة ببكر ، استر على نفسك واكتم

---

١) الوسائل : الباب ٥٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

والاعلان به [١] والخطبة امام العقد [٢] وايقاعه ليلا [٣] وصلاة ركعتين عند الدخول [٤]

رحمك الله (* ١) .

١) قال في الجواهر : (*٢) « للأمر به في النبوي صلى الله عليه وآله «اعلنوا هذا النكاح» بل في المسالك الاستدلال عليه بالخصوص بما روي « ان النبي صلى الله عليه وآله كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف ويقال : اتيناكم اعناكم فحيونا نحييكم » .

ولاحظ ما عن علي قال: اجتاز النبي صلى الله عليه وآله بدار علي حبار فسمع صوت دف فقال : ما هذا ؟ قالوا علي حبار أعرس بأهله فقال صلى الله عليه وآله : حسن هذا النكاح لا السفاح ثم قال صلى الله عليه وآله : اسندوا النكاح واعلنوه بينكم واضربوا عليه بالدف فجرت السنة في النكاح بذلك (* ٣) .

٢) لاحظ ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله : انه قال : كل نكاح لاخطبة فيه فهو كاليد الجذاء (* ٤) .

٣) لاحظ ما رواه الحسن بن علي الوشا عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : سمعته يقول في التزويج قال : من السنة التزويج بالليل لأن الله جعل الليل سكناً ، والنساء انما هن سكن (* ٥) .

٤) لاحظ ما رواه أبو بصير قال : سمعت رجلا وهو يقول لأبي جعفر عليه السلام اني رجل قد اسننت وقد تزوجت امرأة بكراً صغيرة ولم ادخل بها ، وانا اخاف اذا دخلت علي فرأتني أن تكرهني لخضابي وكبري ، فقال أبو جعفر عليه

---

١) الوسائل الباب ١١ من ابواب المتعة الحديث : ١١ .
٢) ج ــ ٢٩ ص : ٤٠ .
٣) بحار الانوار ج ١٠٣ ص ٣٧٥ / الحديث : ٣٢
٤) مستدرك الوسائل : الباب ٣٣ من ابواب مقدمات النكاح الحديث : ١ .
٥) الوسائل الباب ٣٧ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٣ .

والدعاء بالمأثور بعدأن يضع يده على ناصيتها وهو « اللهم على كتابك زوجتها وفي امانتك اخذتها وبكلماتك استحللت فرجها فان قضيت لي في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان » [١] وامرها بمثله [٢] ويسأل الله تعالى الولد الذكر [٣] ويكره ايقاع العقد

السلام : اذا دخلت فمرهم قبل ان تصل اليك ان تكون متوضية ، ثم انت لاتصل اليها حتى توضأ وصل ركعتين ، ثم مجد الله وصل على محمد وآل محمد ، ثم ادع الله ومر من معها أن يؤمنوا على دعائك ، وقل : « اللهم ارزقنى الفها وودها ورضاها ، وارضني بها واجمع بيننا باحسن اجتماع وآنس ائتلاف فانك تحب الحلال وتكره الحرام » ثم قال : واعلم ان الألف من الله ، والفرك من الشيطان ليكره ما احل الله (* ١) .

١) لاحظ ما رواه أبو بصير (* ٢) .

٢) لاحظ ما رواه أبو بصير (*٣) لكن ليس في هذه الرواية الامرها بالوضوء وأما امرها بغير الوضو فلم اظفر بدليله ، والله العالم .

٣) لاحظ ما رواه محمد بن مسلم، عن أبي جعفرعليه السلام قال : اذاأردت الجماع فقل : اللهم ارزقني ولداًواجعله تقياً زكيا ليس في خلقه زيادة ولا نقصان واجعل عاقبته الى خير (* ٤) .

وما روي في حديث اربعمأة قال : اذااراداحدكم مجامعة زوجته فليقل اللهم اني استحللت فرجها بأمرك وقبلتها بامانتك فان قضيت لي منها ولداً فاجعله ذكراً

---

١) الوسائل الباب ٥٥ من ابواب مقدمات النكاح وادابه الحديث : ١

٢) لاحظ ص : ٥٥١

٣) لاحظ ص : ٥٥٢

٤) الوسائل الباب ٥٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٥ .

والقمر في العقرب [١] وتزويج العقيم [٢] والجماع في ليلة الخسوف ويوم الكسوف [٣]

سويا الحديث (* ١).

١) لاحظ ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : من تزوج امراة والقمر في العقرب لم يرالحسنى (* ٢).

٢) لاحظ ما رواه جابر بن عبدالله قال : سمعته يقول : قال رسول الله صلى الله عليه واله : الا اخبركم بشرار نسائكم ؟ الذليلة في اهلها ، العزيزة مع بعلها، العقيم الحقود التي لاتتورع من قبيح المتبرجة اذا غاب عنها بعلها ، الحصان معه اذا حضر لاتسمع قوله ولا تطيع امره ، واذا خلا بها بعلها تمنعت منه كما تمنع الصعبة عند ركوبها ، ولا تقبل منه عذراً ولا تغفر له ذنباً (* ٣).

٣) لاحظ ما رواه عبدالرحمن بن سالم، عن ابيه ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : هل يكره الجماع في وقت من الاوقات وان كان حلالا ؟ قال : نعم ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس، ومن مغيب الشمس الى مغيب الشفق وفي اليوم الذي تنكسف فيه الشمس ، وفي الليلة التى ينكسف فيها القمر ، وفي الليلة وفي اليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء أو الريح الحمراء أو الريح الصفراء واليوم والليلة اللذين يكون فيهما الزلزلة، ولقد بات رسول الله صلي الله عليه و آله عند بعض أزواجه في ليلة انكسف فيها القمر فلم يكن منه في تلك الليلة ما يكون منه في غيرها حتى أصبح، فقالت له : يارسول الله البغض كان هذا منك في هذه الليلة ؟ قال : لا، ولكن هذه الاية ظهرت في هذه الليلة فكرهت ان اتلذذ وألهو فيها وقد عير الله في كتابه اقواماً فقال : « وان يروا كسفاء من السماء ساقطاً يقولوا سحاب مركوم *

---

١) بحار الانوار ج ١٠٣ ص ٢٨٧ الحديث : ١٩

٢) الوسائل الباب ٥٤ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

٣) الوسائل : الباب ٧ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

وعند الزوال[1] الايوم الخميس[2]

فذرهم حتى يلاقوا يومهم الذي فيه يصعقون » ثم قال أبوجعفرعليه السلام، وايم الله لايجامع احد في هذه الاوقات التى نهىعنها رسولالله صلى الله صلى الله عليه واله وقد انتهى اليه الخبر فيرزق ولداً فيرى في ولده ذلك ما يحب (* ١) .

١) لاحظ مارواه ابو سعيد الخدري في وصية النبي صلى الله عليه واله لعلي عليه السلام انه قال : يا علي لاتجامع امرأتك بعد « قبل . علل » الظهر فانه ان قضى بينكما ولـد في ذلك الوقت يكون أحول ، والشيطان يفرح بالحول فـي الانسان « الى أن قال : » ياعلى لاتجامع امرأتك في ليلة الفطرفانه ان قضىبينكما ولد « لم يكن ذلك الولد الاكثيرالشر » فيكبر ذلك الولد ولا يصيب ولد الاعلى كبر السن ، يا على لاتجامع امرأتك في ليلة الاضحى فانه ان قضى بينكما ولـدآ يكون له ست اصابع أواربع اصابع ياعلي لاتجامع امرأتك تحت شجرةمثمرة فانه ان قضى بينكما ولد يكون جلاد اقتالا أو عريفاً ، يا علي لاتجامع امرأتكفي وجه الشمس وتلألئها الا ان ترخى ستراً فيستركما فانه ان قضى بينكما ولدلايزال في بؤس وفقر حتى يموت ، ياعلي لاتجامع امرأتك بين الاذان والاقامة فانه ان قضى بينكما ولد يكون حريصاً على اهراق الدماء ، يـا علي لاتجامع اهلك في النصف من شعبان فانه ان قضى بينكما ولد يكون مشؤماً ذا شامة في وجهه (*٢)

٢) لاحظ مارواه أبوسعيد الخدري في وصية النبي صلى الله عليه واله لعلي عليه السلام قال : يا عليعليك بالجماع ليلة الاثنين فانه ان قضى بينكما ولديكون حافظاً لكتاب الله راضياً بما قسم الله عزوجل ، يا علي ان جامعت اهلك ليلة الثلثا فقضى بينكما ولد فانه يرزقالشهادة بعد شهادةان لااله الا الله ، وان محمداًرسول

---

١) الوسائل الباب ٦٢ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

٢) الوسائل الباب ١٤٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

وعند الغروب قبل ذهاب الشفق[١] وفي المحاق[٢] وبعد الفجر حتى تطلع الشمس[٣] وفي اول ليلة من الشهر[٤]

الله صلى الله عليه واله، ولايعذبه الله مع المشركين، ويكون طيب النهكة والفم رحيم القلب، سخي اليد، طاهر اللسان من الكذب والغيبة والبهتان، يا علي وان جامعت اهلك ليلة الخميس فقضى بينكما ولد فانه يكون حاكماً من الحكام «الحكماء خ» أو عالماً من العلماء، وان جامعتها يوم الخميس عند زوال الشمس عن كبد السماء فقضى بينكما ولد، فان الشيطان لايقر به حتى يشيب ويكون قيما ويرزقه الله السلامة في الدين والدنيا، يا علي وان جامعتها ليلة الجمعة وكان بينكما ولد فانه يكون خطيباً قوالا مفوها، وان جامعتها يوم الجمعة بعد العصر فقضى بينكما ولد فانه يكون معروفاً مشهوراً عالماً، وان جامعتها في ليلة الجمعة بعد العشاء الاخرة فانه يرجى أن يكون الولد من الأبدال ان شاءالله (* ١).

١) لاحظ ما رواه عبدالرحمن بن سالم (* ٢).

٢) لاحظ ما رواه سليمان بن جعفر الجعفري، عن أبي الحسن عليه السلام قال: من أتى اهله في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد (* ٣).

٣) لاحظ ما رواه عبدالرحمن بن سالم (* ٤).

٤) لاحظ ما عن أبي الحسن موسى عليه السلام، عن أبيه، عن جده قال كان فيما أوصى به رسول الله صلى الله عليه واله علياً عليه السلام قال: يا علي لاتجامع اهلك في اول ليلة من الهلال ولا في ليلة النصف ولا في آخر ليلة فانه يتخوف على ولد من يفعل ذلك الخبل فقال علي عليه السلام ولم ذاك يا رسول الله؟ صلى الله

---

١) الوسائل الباب ١٥١ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١

٢) لاحظ ص: ٥٥٤

٣) الوسائل الباب ٦٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١.

٤) لاحظ ص: ٥٥٤

الا رمضان [١] وفي ليلة النصف من الشهر [٢] وعنـد الزلزلة والريح الصفراء والسوداء [٣] ويكره مستقبل القبلة ومستدبرها [٤] وفي السفينة [٥] وعارياً [٦]

عليه والـه فقال : ان الجـن يكثرون غشيان نسائهم في اول ليلة من الهلال وليلة النصف وفي آخر ليلة أما رأيت المجنون يصـرع في اول الشهر وفي وسطه وفي آخره (* ١) .

١) لاحظ ما عن علي عليه السلام : يستحب أن يأتي الرجل أهله اول ليلة من شهر رمضان لقول الله عزوجل «احل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم» والرفث المجامعة (* ٢) .

٢) لاحظ ما رواه مسمع بن أبي سيار ، عن أبي عبدالله عليه السلام قـال : قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم اكره لامتي أن يغشى الرجل أهله « امرأته خ » في النصف مـن الشهر أو في غرة الهلال فان مردة الجن والشياطين تغشى بني آدم فيجيئون ويخبلون أما رأيتم المصاب يصرع في النصف من الشهر وعند غرة الهلال (* ٣) .

٣) لاحظ ما رواه عبدالرحمن بن سالم (* ٤) .

٤) لاحظ ما رواه محمد بـن العيص انه سأل أبـا عبدالله عليه السلام فقال : اجامع وانا عريان ؟ فقال : لا ولا مستقبل «تستقبل خ» القبلة ولا تستدبرها (* ٥)

٥) لاحظ مرسل الشيخ وهو قوله عليه السلام : لاتجامع في السفينة (* ٦).

٦) لاحظ ما رواه محمد بن العيص .

---

١ و٢ و٣) الوسائل الباب ٦٤ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١ و٤ و٢

٤) لاحظ ص : ٥٥٤

٥ و٦) الوسائل: الباب ٦٩ من ابواب مقدمات النكاج وآدابه الحديث : ١ و٢

وعقيب الاحتلام قبل الغسل[1] والنظر في فرج المرأة[2] والكلام بغير الذكر[3] والعزل عـن الحرة بغير اذنها [4] وأن يطرق المسافر ليلا[5] ويحرم الدخول بالزوجة قبل بلوغها تسع سنين [6] .

---

١) لاحظ ما ارسله الشيخ قال قـال رسول الله صلى الله عليه واله : يكره أن يغشي الرجل المرأة وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى فان فعل فخرج الولد مجنوناً فلا يلو من الا نفسه (* ١) .

٢) لاحظ ما رواه سماعة قـال : سألته عن الرجل ينظر في فرج المرأة وهو يجامعها ؟ قال : لابأس به الا أنه يورث العمى (* ٢) .

٣) لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين فانه يورث الخرس (* ٣) .

٤) لاحظ ما رواه محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام انه سئل عـن العزل فقال : أما الامة فلابأس فأما الحرة فاني اكره ذلك الا أن يشترط عليها حين يتزوجها (* ٤) .

٥) لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان . عن أبي عبدالله عليه السلام قال : يكره للرجل اذا قدم من سفره أن يطرق اهله ليلا حتى يصبح (* ٥) .

٦) لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال : اذا تزوج الرجل الجارية وهى صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين (* ٦) .

---

١) الوسائل : الباب ٧٠ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث ١ .

٢) الوسائل : الباب ٥٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٣ .

٣) الوسائل : الباب ٦٠ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

٤) الوسائل : الباب ٧٦ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

٥ و٦) الوسائل : الباب ٦٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه والباب ٤٥ من هذه الابواب الحديث ١

(مسألة ٣) : يجوز للرجل النظر الى من يريد التزويج بها[1]

وما رواه زرارة ، عن أبيجعفر عليه السلام قال : لايدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين (* ١) .

١) عن الجواهر نفي الخلاف فيه بين المسلمين ودعوى الاجماع بقسميه عليه وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر اليها ؟ قال : نعم انما يشتريها بأغلى الثمن (* ٢) .

ومنها ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لابأس بأن ينظر الى وجهها ومعاصمها اذا أراد أن يتزوجها (* ٣) .

ومنها مارواه الحسن بن السري قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يريد أن يتزوج المرأة يتأملها وينظر الى خلفها والى وجهها ؟ قال: نعم لابأس أن ينظر الرجل الى المرأة اذا اراد أن يتزوجها ينظر الى خلفها والى وجهها (* ٤) وغيرها من النصوص الواردة في هذا الباب .

فالحكم في الجملة مما لااشكال فيه وانما قيد الجواز في المتن بعدم التلذذ . واستدل عليه بما ارسله الفضل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت: اينظر الرجل الى المرأة يريد تزويجها فينظر الى شعرها ومحاسنها ؟ قال : لابأس بذلك اذالم يكن ملتذذاً (* ٥) والمرسل لااعتبار به .

واستدل عليه ايضاً بأن جواز النظر بلحاظ ارادة التزويج لابداعي التلذذ .

وفيه : ان الكلام في التلذذ المجامع مع الفرد الجايز من النظر وبعبارة واضحة : نفرض ان المكلف يريدتزويج المرئة الفلانية وشرائط الجواز موجودة

---

١ و٢ و٣ و٤) الوسائل الباب ٤٥ و٣٦ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٢ و١ و٢ و٣

٥) نفس المصدر الحديث : ٥ .

وشرائها (١)

لكن ينظر اليها ويتلذذ .

وصفوة القول: انه تارة ينظر اليها بقصد التلذذ وهذا خارج عن الفرض واخرى ينظر بقصد ارادة التزويج غاية الامر يتلذذ والجزم بالحرمة يتوقف على اقامة دليل عليه ، فلاحظ .

١) ويمكن الاستدلال على المدعى بوجوه : الوجه الاول : ما رواه أبو بصير قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يعترض الامة ليشتريها، قال : لابأس بأن ينظر الى محاسنها ويمسها مالم ينظر الى مالا ينبغي النظر اليه (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بالبطائني .

الوجه الثاني : ما رواه حبيب بن المعلى الخثعمي قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام : اني اعترضت جواري المدينة فامذيت، فقال: أما لمن يريد الشراء فليس به بأس وأما لمن لايريد أن يشتري فاني اكرهه (*٢) وهذه الرواية ضعيفة بالخثعمي.

الوجه الثالث : ما رواه عمران الجعفري ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لاحب للرجل أن يقلب الاجارية يريد شرائها (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة بالجعفري .

الوجه الرابع ، ما رواه الحسين بن علوان ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليهم السلام انه كان اذا أراد ان يشتري الجارية يكشف عن ساقيها فينظر اليها (* ٤) .

وهذه الرواية تامة سنداً ، ويمكن الاستدلال به على المدعى فان جواز النظر الى الساق يستلزم جواز النظر الى وجهها وكفيها بالاولوية .

---

١) الوسائل : الباب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان الحديث : ١ .

٢ و٣ و٤) نفس المصدر الحديث : ٢ و٣ و٤ .

وكذا الى نساء اهل الذمة (١)

الوجه الخامس : ما ادعي من السيرة بتقريب ان الجواري كن في عهدهم يخدمن في المجالس والخدمة في المجامع تستلزم وقوع النظر الى وجوههن وايديهن وهم أرواحنا فداهم لم يكونوا ينهون عنه .

ولكن هذاالوجه على فرض تماميته يكون دليلاعلى جواز النظرالى الاماء والكلام في جواز النظر للمشتري ، فلاحظ .

الوجه السادس : ما رواه محمد بن مسلم (*١) فانه يستفاد من هذه الرواية انه يجوز النظر للمشتري ولذا يجوز النظرلمن يريد الزواج حيث يشتري بأغلى الثمن ، والكلام في جواز التلذذ وعدمه هو الكلام فلا نعيد .

١) يمكن الاستدلال على المدعى بعدة نصوص منها : ما رواه السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه واله : لاحرمة لنساء اهل الذمة أن ينظر الى شعورهن وايديهن (*٢) وهذه الرواية ضعيفة بالنوفلي بل وبغيره ايضاً .

ومنها : ما رواه أبو البختري عن جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن علي بن ابيطالب عليه السلام قال : لابأس بالنظر الى رؤوس نساء اهل الذمة ، وقال : ينزل المسلمون على اهل الذمة في أسفارهم وحاجاتهم ولا ينزل المسلم على المسلم الا باذنه (*٣) والسند ضعيف بأبي البختري .

ومنها : ما رواه عباد بن صهيب قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : لابأس بالنظر الى رئوس اهل تهامة والأعراب واهل السواد والعلوج ، لأنهم اذا نهوا لاينتهون ، قال : والمجنونة والمغلوبة على عقلها لابأس بالنظر الى شعرها

---

١) لاحظ ص : ٥٥٩ –

٢ و٣) الوسائل : الباب ١١٢ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ و٢

وكذا المبتذلات اللاتي لا ينتهين اذا نهين عن التكشف[١] والى المرام اللاتي يحرم نكاحهن مؤبداً لنسب[٢]

وجسدها مالم يتعمد ذلك (*١) وهذه الرواية تامة سنداً وتدل على المدعى بعموم العلة فان المستفاد منها ان عدم الانتهاء ملاك جواز النظر بل لايبعد أن يكون المراد بالعلوج هم الكفار على ما يظهر من مجمع البحرين .

وأما الكلام من حيث جواز التلذذ وعدمه هو الكلام بل يمكن أن يقال : ان المستفاد من الحديث جواز النظر مع التلذذ والشهوة حيث قيد الجواز في الذيل بعدم التعمد والتقسيم قاطع للشركة وقال صاحب الوسائل (قدس سره) في هذا المقام ، الظاهر ان المراد بالتعمد هنا النظر بشهوة .

١) لحديث عباد بن صهيب فان مقتضاه جواز النظر في مورد عدم تأثير النهي رأما تقييد الجواز بعدم التلذذ فقد مر الكلام فيه .

وصفوة القول : انه لم يقم دليل على حرمة التلذذ بما هو بل الدليل قائم على حرمة النظر على الاطلاق لكن قد قيد ذلك الدليل بالمقيد ومقتضى الصناعة تقديم الدليل المقيد باطلاقه على الدليل المطلق، وبعبارة اخرى اطلاق المقيد حاكم على اطلاق المطلق .

٢) يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه : الوجه الاول : السيرة الخارجية المتصلة بزمانهم عليهم السلام فانه لم يعهد تحجب النساء عن المحارم بل يعد مستنكراً عند المتشرعة .

الوجه الثاني : الاجماع بل الضرورة فانه نقل عن الجواهر دعوى الضرورة عليه .

الوجه الثالث: قوله تعالى « وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن ويحفظن

---

١) الوسائل الباب ١١٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

. . . .

فروجهن ولايبدين زينتهن الا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن ولايبدين زينتهن الالبعولتهن أو آبائهن او آباء بعولتهن او ابنائهن او ابناء بعولتهن أو اخواتهن أوبني اخوانهن أو بني أخواتهن او نسائهن أوما ملكت ايمانهن أو التابعين غير اولى الاربة من الرجال أو الطفل الذين لم يظهر وا على عورات النساء ولايضربن بارجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن » (* ١) .

فانه يستفاد من الاية الكريمة جواز النظر الى المذكورين وبعبارة اخرى : لامجال لأن يقال ان الاية غير متعرضة لجواز النظر بل متعرضة لجواز الابداء فان العرف يفهم من هذا التعبير كلا الامرين ، والعرف ببابك .

الوجه الرابع : ما ورد في باب غسل الميت من جواز تغسيل المرئة قرابتها من المحارم وكذا الرجل، منها مارواه منصور قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يخرج في السفر ومعه امرأته أيغسلها ؟ قال نعم وامه واخته ونحو هذا يلقي على عورتها خرقة (* ٢) .

ومنها : ما رواه منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام مثله الا انه قال الرجل يسافر مع امرأته (الى أن قال:) ونحوهما يلقي على عورتها خرقة ويغسلها (* ٣)

ومنها ما رواه الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه سئل عن الرجل يموت وليس عنده من يغسله الا النساء قال : تغسله امرأته أوذات قرابته ان كانت له ، ويصب النساء عليه الماء صبا الحديث (* ٤) فانه يستفاد من هذه النصوص جواز النظر الى المحارم .

الوجه الخامس : ما رواه السكوني ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه عليهما

---

١) النور / ٣١ .

٢ و ٣ و ٤) الوسائل : الباب ٢٠ من ابواب غسل الميت الحديث : ١ و ٢ و ٣

السلام قال : لابأس أن ينظر الى شعر امه او اخته او بنته (* ١) .

فانه يدل على المدعى في الجملة ويثبت الحكم عموماً بعدم القول بالفصل، وفي المقام عدة نصوص يستفاد منها خلاف المدعى منها ما رواه أبو الجارود عن أبي جعفر عليه السلام في قوله ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها فهي الثياب والكحل والخاتم وخضاب الكف والسوار والزينة ثلاث: زينة للناس وزينة للمحرم وزينة للزوج فأما زينة الناس فقد ذكرناه وأما زينة المحرم فموضع القلادة مما فوقها والدملج ومادونه والخلخال وما اسفل منه واما زينة الزوج فالجسد كله(*٢) وهذه الرواية ضعيفة بالارسال .

ومنها ما رواه ابن جعفر قال : سئلته عن الرجل ما يصلح له ان ينظر اليه من المرئة التي لاتحل له قال الوجه والكف وموضع السوار (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة بعبدالله بن حسن على ما في كلام سيدنا الاستاد (*٤) مضافاً الى أنها لاتكون قابلة للعمل بها بعد قيام الضرورة على خلافها .

ومنها ما رواه حسين بن علوان ، عن جعفر عن ابيه عليه السلام قال ، اذا زوج الرجل امته فلا ينظرن الى عورتها والعورة ما بين السرة والركبة (*٥) فان المستفاد من هذه الرواية ان ما بين السرة والركبة عورة ، ولا اشكال في حرمة النظر الى عورة الغير ولو كان من المحارم .

ولكن هل يمكن الالتزام بمفاد الحديث مع كونها خلاف السيرة، وقد تعرضنا

---

١) الوسائل الباب ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٧

٢) مستدرك الوسائل : الباب ٨ من أبواب مقدمات النكاح الحديث : ٣

٣) مستند العروة ج ١ من النكاح ص ٥٨

٤) مستند العروة ج ـ ١ من النكاح ص : ٥٨

٥) الوسائل الباب ٤٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ٧

أو مصاهرة [١] أو رضاع [٢]

لهذه الجهة في الجزء الاول من هذاالشرح (*١) وقلنا انه لايمكن الالتزام بمفاد الرواية .

١) المراد منها الحرمة الحاصلة من العلقة الزوجية الموجبة لحرمة الأبدية كام الزوجة والربيبة بشرط الدخول بامها ونحوهما فانه يدل على المدعى الاية الشريفة (* ٢) وبعدم القول بالفصل القطعي يثبت المدعى في الباقي .

مضافاًالى السيرة ويضاف الى جميع ذلك النصوص الواردة في الغسل لاحظ ما رواه سماعة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل مات وليس عنده الا نساء ، قال : تغسله امرأة ذات محرم منه ، وتصب النساء عليه الماء ، ولا تخلع ثوبه ، وان كانت امرأة ماتت معها رجال وليس معها امرأة ولا محرم لها فلتدفن كما هى في ثيابها ، وان كان معها ذو محرم لها غسلها من فوق ثيابها (*٣) .

٢) لجملة من النصوص : منها ما رواه بريد العجلي ، عن أبي جعفر عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه واله قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (* ٤) .

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة (* ٥) .

ومنها ما رواه ابو الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه سئل عن الرضاع فقال : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (* ٦) فانها تدل على انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وفي المقام شبهتان :

---

١) لاحظ ص : ٢٦٩

٢) لاحظ ص : ٥٦٢

٣) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب غسل الميت الحديث : ٩

٤ و٥ و٦) الوسائل : الباب ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع الحديث : ١ و٢ و٣

بشرط عدم التلذذ في الجميع (١) ويحرم النظر الى غيرهن بغير تلذذ ايضا في غير الوجه والكفين بلا اشكال (٢)

الاولى : ان الحكـم المذكور يختص بالمرضعة وصاحب اللبن والاصول والفروع والحواشي لهما ولايشمل أباالمرتضع اذ دليل التنزيل ناظرالى المرتضع والمرضعة وصاحب اللبن ، واما ابو المرتضع فلا دخل له في ذلك وحرمة نكاحه لأولاد المرضعة او صاحب اللبن مستفادة من دليل خارجي .

والجواب عن هذه الشبهة انه يستفاد من حديث ايوب بن نوح قال: كتب علي بن شعيب الى أبي الحسن عليه السلام امرأة ارضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن اتزوج بعض ولدها ؟ فكتب عليه السلام : لايجوز ذلك لك لأن ولدها صارت بمنزلة ولدك (* ١) ، ان اولاد المرضعة بمنزلة اولاد أبى المرتضع فلا مجال لهذه الشبهة .

الثانية: ان دليل التنزيل يقتضي جعل الرضاع كالنسب في الحرمة وهذا المقدار لايكفي في جواز النظر وبعبارة اخرى : اذا كان الدليل دالا على جعل ما بالرضاع منزلة ما بالنسب لكان القول بجواز النظر في محله لاقتضاء عموم دليل التنزيل ولكن الأمر ليس كذلك فان دليل التنزيل نزل ما بالرضاع منزلة ما بالنسب في الحرمة فيتوقف الحكم بجواز النظر على قيام دليل على جواز النظر الى كل من يحرم نكاحه والحال انه ليس في الأدلة ما يدل عليه ، الا أن يستدل باطلاق ما ورد من النصوص في باب غسل الميت (* ٢) فراجع .

١) الظاهر انه لابد من اتمامه بالتسالم والاجماع ، الا أن يدل على الحرمة دليل خاص كما قامت بالنسبة الى المجنونة .

٢) ما يمكن أن يستدل بـه عليه أو استدل وجوه : الوجه الاول : الاجماع

---

١) الوسائل : الباب ١٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع الحديث : ١

٢) لاحظ ص : ٥٦٣ و٥٦٥

فعن الجواهر دعوى الاجماع بل الضرورة عليه ، ولكن لايخفى ان المستفاد من الاجماع والضرورة الحرمة في الجملة .

الوجه الثاني : قوله تعالى (* ١) وفي دلالة الاية الكريمة على المدعى اشكال فانه فسر الغض في اللغة بقصر النظر لاالترك فيكون المراد من الاية النقص من النظر ، قال في مجمع البحرين في بيان المراد من الاية : « أي ينقصوا من نظرهم » الى آخر كلامه ، وعليه يكون الجار للتبعيض .

مضافاً الى أنه لم يذكر في الاية متعلق الغض الا أن يقال بأن المراد يفهم من الاية الشريفة بقرينة المقابلة اي بغض كل من الفريقين من ابصارهم بالنسبة الى الفريق الاخر ، مضافاً الى النص الوارد في شأن نزولها ، لاحظ ما رواه سعد الاسكاف ، عن أبي جعفر عليه السلام قال: استقبل شاب من الانصار امرأة بالمدينة وكان النساء يتقنعن خلف آذانهن ، فنظر اليها وهي مقبلة ، فلما جازت نظر اليها ودخل في زقاق قد سماه ببني فلان فجعل ينظر خلفها واعترض وجهه عظم في الحائط أو زجاجة فشق وجهه ، فلما مضت المرأة نظر فاذا الدماء تسيل على ثوبه وصدره ، فقال: والله لآتين رسول الله صلى الله عليه وآله ولأخبرنه فاتاه، فلمارآه رسول الله صلى الله عليه وآله قال : ما هذا؟ فأخبره فهبط جبرئيل عليه السلام بهذه الاية : قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك ازكى لهم ان الله خبير بما يصنعون (* ٢) .

ويضاف الى ذلك ان قوله تعالى في ذيل الاية ذلك ازكى لهم يدل على ان الغض أنفع فلا يكون حراماً .

ان قلت : قد ذكر في الاية حفظ الفرج ولا اشكال في وجوبه فانه لااشكال في

---

١) لاحظ ص : ٥٦٢

٢) الوسائل : الباب ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٤

. . . .

حرمة الزنا فلا يمكن أن يكون المراد من قوله أزكى التفضيل بل المراد التعين .

قلت : اولا قد ورد حديث في ذيل الاية وهو ما رواه أبو بصير ، عن أبيعبدالله عليه السلام كل آية في القرآن في ذكر الفرج فهي من الزنا الا هذه الاية فانها من النظر فلا يحل للرجل المؤمن (لرجل مؤمن خ) أن ينظر الى فرج اخيه ولايحل للمرأة ان تنظر الى فرج اختها (* ١) ويستفاد منه ان المراد بحفظ الفرج النظر .

وثانياً : المشار اليه بلفظ ذلك مجموع الامور المذكورة في الاية لاكل منها فيكون المستفاد من الاية ان حفظ الفرج وغض النظر أزكى لهم فالاية لاتدل على الحرمة بل تدل على الجواز ولا اقل من عدم انعقاد الظهور في التحريم .

الوجه الثالث : قوله تعالى «ولايبدين زينتهن» بتقريب ان المراد ان المحرم ابداء محل الزينة لانفس الزينة وفيه : ان المحرم على هذا التقريب هو الابداء وأما حرمة النظر فلا يستفاد من الاية ، وبعبارة اخرى لادليل على التلازم بين الطرفين

الوجه الرابع : حديث عباد بن صهيب (* ٢) فان المستفاد من الحديث ان وجه الجواز عدم انتهائهن والا فعدم الجواز هو الحكم الاولي ، لكن المستفاد من الحديث حرمة النظر الى رؤس النساء فليس متعلق الحرمة مطلقاً .

الوجه الخامس : النصوص الدالة (*٣) على جواز النظر لمن يريد الزواج او الاشتراء ، فان المستفاد من هذه النصوص حرمة النظر الا في الموارد المخصوصة .

الوجه السادس : النصوص الدالة على حرمة النظر : منها : ما رواه علي بن

---

١) تفسير البرهان : ج ــ ٣ ص : ١٣٠ الحديث : ٧

٢) لاحظ ص : ٥٦١

٣) لاحظ ص : ٥٥٩ و ٥٦٠

عقبة ، عن ابيه ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول : النظرة سهم من سهام ابليس مسموم ، وكم من نظرة أورثت حسرة طويلة (* ١) .

ومنها : ما رواه أبو جميلة ، عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قالا : ما من احد الا وهو يصيب حظاً من الزنا ، فزنا العينين النظر ، وزنا الفم القبلة وزنا اليدين اللمس ، صدق الفرج ذلك أوكذب (* ٢) .

ومنها : ما رواه جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: لعن رسول الله صلى الله عليه وآله رجلا ينظر الى فرج امرأة لاتحل له، ورجلا خان أخاه في امرأته، ورجلا يحتاج الناس الى نفعه فيسألهم الرشوة (* ٣) .

١) يقع البحث في موضعين: الموضع الاول في المقتضي للمنع، الموضع الثاني في المانع ، فنقول أما الموضع الاول : فيمكن الاستدلال على المنع بتقريبات :

التقريب الاول للاستدلال على عدم الجواز جملة من النصوص الواردة في جواز النظر لمن يريد التزويج لاحظ ما رواه ابن السري وما روي عن ابيعبدالله عليه السلام (* ٤) فان مقتضى هذه النصوص بلحاظ مفهوم الشرط عدم جواز النظر اذا لم يرد التزويج .

التقريب الثاني : الروايات الدالة على حرمة النظر (* ٥) .

التقريب الثالث : قوله تعالى « قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا من فروجهم ذلك ازكى لهم » (* ٦) بناء على أنه يستفاد منها حرمة النظر .

١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١ و ٢ و ٣
٤) لاحظ ص : ٥٥٩ و ٥٦٠
٥) مرت آنفاً
٦) النور/ ٣٠

. . . .

التقريب الرابع : ما رواه محمد بن الحسن بن الصفار قال : كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل اراد ان يشهد على امرأة ليس لها بمحرم هل يجوز له أن يشهد عليها وهي من وراء الستر ويسمع كلامها اذا شهد رجلان عدلان انها فلانة بنت فلان التي تشهدك وهذا كلامها ولا يجوز له الشهادة عليها حتى تبرز ويثبتها بعينها ؟ فوقع عليه السلام تتنقب وتظهر للشهود ان شاء الله (* ١) .

اذ لو كان النظر الى وجه الأجنبية جايزاً لم يكن وجه لأمره بالنقاب فالمقتضي لحرمة النظر تام .

ولقائل أن يقول : ان هذه الرواية تدل على وجوب الستر ولا يدل على حرمة النظر وبعبارة اخرى المستفاد من هذه الرواية انه لايجوز للمرئة أن تظهر وجهها عند الآجنبي . هذا تمام الكلام في الموضع الاول .

وأما الكلام في الموضع الثاني : فيمكن الاستدلال على المدعى بوجوه :
الوجه الأول : ما رواه زرعة بن محمد قال : كان رجل بالمدينة له جارية نفيسة فوقعت في قلب رجل وأعجب بها فشكى ذلك الى أبي عبدالله عليه السلام : فقال له : تعرض رؤيتها وكلما رأيتها فقل : اسأل الله من فضله الحديث (*٢) فان هذه الرواية تدل بالصراحة على جواز النظر الى الأجنبية بل تدل على الجواز حتى مع التلذذ والشهوة والعرف ببابك .

الوجه الثاني : ما رواه علي بن سويد قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : اني مبتلى بالنظر الى المرئة الجميلة فيعجبني النظر اليها ، فقال يا علي لابأس اذا عرف الله من نيتك الصدق واياك والزنا فانه يمحق البركة ويهلك الدين (* ٣)

---

١) تهذيب الاحكام : ج ـ ٦ ص : ٢٥٥ ـ الحديث : ٧١
٢) الوسائل : الباب ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٦
٣) الوسائل الباب ١ من ابواب النكاح المحرم وما يناسبه الحديث : ٣

. . . .

وهذه الرواية تدل بالصراحة على جواز النظر مع التلذذ والشهوة وما افاده سيدنا الاستاد من القطع بخلاف مفاد الرواية عهدته عليه فان الأحكام الشرعية امرها بيد الشارع ولا مجال لأعمال النظر فيها .

الوجه الثالث : ما رواه ابو الجارود (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بالارسال

الوجه الرابع : ما رواه علي بن جعفر (* ٢) فان هذه الرواية تدل بالصراحة على جواز النظر الى الوجه والكفين وموضع السوار، وهذه الرواية ضعيفة بعبد الله بن حسن على ما في كلام سيدنا الاستاد حسب تقرير بحثه الشريف .

الوجه الخامس : مارواه عمرو بن شمر، عن أبي جعفر عليه السلام ، عن جابر بن عبدالله الأنصاري قال: خرج رسول الله صلى الله عليه وآله يريد فاطمة وأنا معه فلما انتهينا الى الباب وضع يده عليه فدفعه ثم قال : السلام عليكم ، فقالت فاطمة عليها السلام : وعليك السلام يا رسول الله، قال: ادخل ؟ قالت : ادخل يارسول الله ، قال ادخل ومن معي ؟ قالت : ليس علي قناع ، فقال : يا فاطمة خذي فضل ملحفتك فقنعي به رأسك ففعلت ثم قال : السلام عليك ، فقالت : وعليك السلام يا رسول الله قال : ادخل ؟ قالت : نعم يا رسول الله، قال : انا ومعي ؟ قالت : ومن معك ؟ قال جابر : فدخل رسول الله صلى الله عليه وآله ودخلت واذا وجه فاطمة عليها السلام اصفر كأنه بطن جرادة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : مالي أرى وجهك أصفر ، قالت : يا رسول الله الجوع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : اللهم مشبع الجوعة ودافع الضيعة اشبع فاطمة بنت محمد ، قال جابر : فوالله لنظرت الى الدم ينحدر من قصاصها حتى عاد وجهها احمر فما جاعت بعد

---

١) لاحظ ص : ٥٦٤

٢) لاحظ ص : ٥٦٤ ومستند العروة ج ١ ص : ٥٨

ذلك اليوم (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بعمرو بن شمر .

الوجه السادس : ما رواه مروك بن عبيد، عن بعض اصحابنا، عن أبي عبدالله عليه السلام قال . قلت له : ما يحل للرجل أن يرى من المرأة اذا لم يكن محرماً؟ قال : الوجه والكفان والقدمان (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بالارسال .

الوجه السابع : ما رواه أبو حمزة الثمالي، عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن المرأة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها اما كسر واما جرح في مكان لايصلح النظر اليه يكون الرجل ارفق بعلاجه من النساء ، أيصلح له النظر اليها؟ قال : اذا اضطرت اليه فليعالجها ان شائت (*٣) فانه يستفاد من هذه الرواية ان النظر الى بعض مواضع جسد المرئة جايز .

الوجه الثامن : ما رواه مسعدة بن زياد قال : سمعت جعفراً وسئل عما تظهر المرئة من زينتها قال: الوجه والكفين (* ٤) فانه يستفادمن هذه الرواية انه يجوز للمرئة اظهار وجهها وكفيها ويمكن أن يقال: انه لاتلازم بين جواز الاظهاروجواز النظر ، فتأمل .

الوجه التاسع: ما رواه زرارةعن أبي عبداللهعليه السلام فيقول الله عزوجل « الا ما ظهر منها » قال : الزينة الظاهرة الكحل والخاتم (* ٥) .

وما رواه أبو بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن قول الله عزوجل : « ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها » قال : الخاتم والمسكة وهي القلب (* ٦) والكلام فيهما هو الكلام في سابقهما .

---

١) الوسائل الباب ١٢٠ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٣

٢) الوسائل الباب ١٠٩ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٢

٣) الوسائل الباب ١٣٠ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١

٤ و٥ و٦) الوسائل الباب١٠٩ منابواب مقدمات النكاح وآدابهالحديث: ٥و٣و٤

• • • • • • • • • • • • • •

الوجه العاشر: مارواه الفضيل قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الذراعين من المرأة هما من الزينة التي قال الله : « ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن » ؟ قال : نعم ومادون الخمار مـن الزينة ، ومادون السوارين (* ١) والمستفاد من هـذه الرواية جواز النظر الى الوجه وعدم جواز النظر الى الذراعين .

وقال في الحدائق : « ودون السوار بمعنى تحت السوار وهو الجهة المقابلة للعلو فان الكفين أسفل بالنسبة الى مـا فوق السوارين » ولا يبعد ان ما أفاده تام اذ يستفاد من كلام مجمـع البحرين ان (دون) نقيض فـوق فالمراد من الكلمة ان تحت السوارين من الزينة فتكون الكفان خارجتان .

الوجه الحاديعشر : قوله تعالى (* ٢) فان المستفاد مـن الاية الكريمة عدم وجوب الستر على المرئة فيجوز النظر للرجل .

وفيه : انه قد مر ان مجرد عدم وجوب الستر عليها لايدل على الجواز بالنسبة الى الرجل : الا أن يقال : انه يستفاد من الاية تقسيم الزينة الى قسمين : قسم منها لايجوز ابدائها الا للمذكورين في الاية الشريفة وقسم منها يجوز ابدائها للاجنبي على الاطلاق ومـن ناحية اخرى لااشكال في أنه لو جاز الابداء للغير يجوز للغير النظر ايضاً .

وان شئت قلت : اذا قيل يجوز الارائة يفهم عرفاً انه يجوز النظر ، والعرف ببابك .

وقال سيدنا الاستاد في هـذا المقام (* ٣) مـا حاصله ان المستفاد من قوله تعالى « الا ما ظهر منها » انه لايجب على المرئة الستر بالنسبة الي ما ظهر مـن

---

١) الوسائل الباب ١٠٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١

٢) لاحظ ص : ٥٦٢

٣) مستند العروة ج ـ ١ من النكاح ص : ٥٥ ـ ٥٦

. . . .

الزينة ولكن عدم وجوب الستر لايستلزم جواز النظر ولذا نرى ان جماعة قائلون بحرمة نظر المرئة الى الرجل والحال انه لايجب على الرجل التستر والمستفاد من قوله تعالى « ولايبدين زينتهن الا لبعولتهن الخ »انه يحرم على المرئة ارائةزينتها على الاطلاق حتى الظاهرة منها الا للطوائف الخاصة فاذا حرم عليها الارائة يحرم على الرجال النظر فالاية الكريمة أولى بالدلالة على الحرمة ، هذا ملخص كلامه في هذا المقام .

اقول: الظاهران ذيل الكلام يناقض الصدر اذ صرح في الصدر بعدم وجوب تستر الزينة الظاهرة فنسئل ان عدم وجوب التستر وجواز الكشف مع فرض عدم وجود الأجنبي أو مع فرض وجوده ؟ وعلى الثاني على فرض عدم النظر او مع النظر ، ومن الظاهر ان الاهمال غير معقول في الواقع فعلى الاول والثاني يكون جعل الحكم لغواً فينحصر في الثالث وعليه تكون الارائة جايزة فكيف يقول في الذيل بالحرمة ؟ .

وبعبارة اخرى : نسئل مع وجود الرجل الناظر اليها هل يجوز لها الكشف أم لا ؟ ان قلت بعدم الجواز فعدلت عن قولك الأول وان قلت بالثاني فالارائة جايزة وعلى الجملة لايعقل أن تكون الارائة محرمة ومعذلك لايكون التستر واجباً فان هذين لايجتمعان .

وصفوة القول : انه يفهم من مجموع الاية الشريفة الكريمة ان ابداء المرئة زينتها غير الظاهرة للرجل حرام الا لطوائف خاصة وأما ابداء زينتها الظاهرة فيجوز بلا تخصيص وحيث ان الابداء بالنسبة الى الزينة غير الظاهرة للطوائف المخصوصة جايز فابداء الزينة الظاهرة جايز للاجنبي على الاطلاق .

ولكن الانصاف : انه فرق بين جواز الارائة وبين جواز الابداء اذ لايبعد أن

. . . .

يفهم العرف من جواز الارائة جواز الرؤية بالملازمة واما الابداء فجوازة لايستلزم جواز النظر .

نعم اذا قيل يجوز الابداء لفلان لايبعد أن يفهم جواز النظر فما أفاده سيدنا الاستاد لاتناقض فيه .

نعم ما أفاده في كلامه من أن الاية تدل على حرمة النظر حيث انه يحرم عليها الارائة ففيه انه لاملازمة بين الأمرين ، اذ يمكن أن تكون الارائة محرمة ومعذلك يكون النظر جايزاً، فعلى هذا الأساس لايستفاد من الاية الا جواز الكشف وأما جواز النظر فلا يستفاد من الاية .

فنقول : يقع التعارض بين النصوص الواردة فان قلنا مقتضى الجمع بينها حمل المانعة على الكراهة فهو والا فلابد من اعمال قانون التعارض فيمكن أن يقال : ان الترجيح مع نصوص المنع لموافقها مع الكتاب فان قوله تعالى «قل للمؤمنين» الخ يدل على المنع عن النظر لكن قد مر انه يمكن أن يقال ان ذيل الاية يدل على الجواز ، فحديث الجواز موافق مع الكتاب .

وان ابيت وقلت : ان ذيل الاية يوجب اجمالها ولا تكون الاية ظاهرة في الجواز نقول الترجيح بمخالفة القوم مع حديث الجواز ايضاً فانه يظهر من كلام الشيخ (قده) في الخلاف (* ١) ان العامة قائلون بعدم جواز النظر فالترجيح بمخالفة القوم مع دليل الجواز كما ان الترجيح بالأحدثية مع دليل الجواز ايضاً لاحظ ما رواه علي بن سويد ، فان الحديث مروي عن أبي الحسن عليه السلام(*٢) ولو قطعنا النظر عن الترجيح تصل النوبة الى التعارض والتساقط ، ومقتضى الأصل

---

١) ج - ٢ ص ١٣٩ مسألة : ٣

٢) لاحظ ص : ٥٧٠

ومن غير المحارم اخت الزوجة[١] والربيبة قبل الدخول بامها[٢] و كذا يحرم على المرأة النظر الى الرجل مما يحرم على الرجل النظر اليه منها [٣] و كذا

الاولي الجواز ايضاً .

١) بلا اشكال اذ حرمتها من باب الجمع ولذا يجوز تزويجها في غير صورة الجمع .

٢)اذ دليل الحرمة يختص بصورة الدخول بمقتضى الكتاب والسنة والاجماع فهي قبل الدخول كبقية النساء .

٣) ما يمكن أن يذكر مستنداً للحكم وجوه : الوجه الاول الاجماع ، وفيه ان الاجماع المنقول لايكون حجة والمحصل منه ، غير حاصل ،كيف ومن الممكن استناد المجمعين الى الوجوه المذكورة في المقام فلا يحصل اجماع تعبدي كاشف .

الوجه الثاني: قوله تعالى (* ١) بتقريب ان المستفاد من الاية حرمة نظرهن الى الرجال ، وفيه اولا : ان الغض غير الترك كما مر .

وثانياً : لايبعد أن يكون المراد النهي عن النظر الى الفروج بقرينة المقابلة بأن يقال: ان المستفاد من الاية وجوب حفظ الفرج عن نظر الغير اليه وحرمة النظر الى فرج الغير لاحظ ما في تفسير البرهان (* ٢) .

وثالثاً ان المتعلق محذوف فلابد من ارادة العموم اى يغضوا من ابصارهم عن كل محرم واثبات ان المراد من المتعلق النساء في الجملة الاولى والرجال في الجملة

---

١) لاحظ ص : ٥٦٢

٢) لاحظ ص : ٥٦٨

. . . .

الثانية بالاجماع مشكل لما ذكر من الاشكال في حجية الاجماع وبعبارة واضحة لادليل على كون المتعلق العموم ولعل المراد من الاية النهي عن النظر الى خصوص الفرج .

وأما حديث سعد الاسكاف (*١) الوارد في شأن نزول الاية فضعيف بالأسكاف حيث انه لم يوثق ، وقول الشيخ (قده) في حقه انــه صحيح الحديث لايكون توثيقاً .

ويمكن أن يكون الوجه في صحة حديثه عنده اجتهاداً كما أن كونه في اسناد كامل الزيارة لاأثر له كما ذكرناه مراراً ومثله كونه في تفسير القمي مضافاً الى كونه معارضاً بتضعيف ابــن الغضائري اياه وصاحب الوسائل يشهد بتضعيفه فــلا وجه للمناقشة فيه .

ويضاف الى جميع ذلك كله ان الرواية متعرضة للجملة الاولى من الاية ولا تتعرض لقوله تعالى « وقل للمؤمنات » الذي هو محل الكلام في المقام .

الوجه الثالث: جملة من النصوص : منها ما ارسله احمد بن أبي عبدالله قال استأذن ابــن ام مكتوم على النبي صلى الله عليه وآله وعنده عايشة وحفصة فقــال لهما: قوما فادخلا البيت، فقالتا : انه اعمى فقال: ان لم يركما فانكما تريانه(*٢) وهذه الرواية ضعيفة بالارسال فان احمد لايمكن أن ينقل عن النبي صلى الله عليه وآله بلا واسطة .

ومنها : ما رواه الصدوق (قده) في (عقاب الاعمال) قال : قال النبي صلى الله عليه وآله : اشتد غضب الله علـى امرأة ذات بعل ملأت عينها مــن غير زوجها أو غير ذي محرم منها ، فانهــا ان فعلت ذلك احبط الله عزوجل كــل عمل عملته فان اوطت فراشه غيره كان حقاً على الله أن يحرقها بالنار بعد أن يعذبها في قبرها(*٣)

---

١) لاحظ ص : ٥٦٥

٢ و٣) الوسائل الباب ١٢٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ و٢

وهذه الرواية ضعيفة سنداً ، مضافاً الى أنها تختص بذات بعل .

ومنها : ما ارسله الطبرسي في (مكارم الاخلاق) عن النبي صلى الله عليه وآله ان فاطمة قالت له في حديث : خير للنساء ان لايرين الرجال ، ولا يراهن الرجال فقال صلى الله عليه وآله فاطمة مني (* ١) والمرسل لااعتبار به .

ومنها : ما روي عن ام سلمة قالت :كنت عند رسول الله صلى الله عليه وآله وعنده ميمونة فاقبل ابن ام مكتوم وذلك بعد ان امر بالحجاب ، فقال : احتجبا ، فقلنا يا رسول الله أليس أعمى لايصبرنا؟ قال افعميا وان انتما الستما تبصرانه (*٢) والمرسل لااعتيار به .

ومنها : ما رواه وهب ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : خلق الرجال من الأرض وانما همهم في الارض وخلقت المرأة من الرجال وانما همها في الرجال ، فاحبسوا نسائكم يا معاشر الرجال (* ٣) .

ومنها : ما رواه نوح ابن شعيب رفعه قال : قال أبو عبدالله عليه السلام كان علي بن الحسين عليهما السلام اذا اتاه ختنه على ابنته أو على اخته بسط له رداءه ثم اجلسه ثم يقول : مرحبا بمن كفى المؤنة وستر العورة (* ٤) .

ومنها : ما رواه غياث بن ابراهيم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : انالمرأة خلقت من الرجل وانما همتها في الرجال ، فاحبسوا نسائكم ، وان الرجل خلق من الأرض فانماهمته في الأرض (* ٥) وهذه الروايات اما مخدوشة سنداً أودلالة او من كلتا الناحيتين .

---

١ و٢) الوسائل الباب ١٢٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٣ و٤

٣ و٤) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ و٣

٥) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٥

يحرم النظر مع التلذذ ولو الى المماثل [1] وكـذا يحرم اللمس من الرجل والمرأة لغير المماثل في غير المحارم [2] ويجوز النظر واللمس

---

١) ادعى سيدنا الاستاد ان المدعى يستفاد من الاية الشريفة بتقريب ان المستفاد من قوله تعالى « يغضوا ويغضضن » النهي عن صرف كل من القبيلين عن الاخر. وبعبارة اخرى : المراد بالغض أن يقطع الرجل طمعه عن غير زوجته وملك يمينه وعلى هـذا يحرم نظر الرجل الى مذكر اخر مع التلذذ وكذلك يحرم أن تنظر المرئة الى مماثلها بشهوة وعهدة هذه الدعوى على مدعيه فلابد من اتمام الأمر بالاجماع والتسالم .

٢) لاحظ ما رواه أبو بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : هل يصافح الرجل المرأة ليست بذات محرم ، فقال : لاالا من وراء الثوب (* ١) .

وما رواه سماعة بن مهران قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مصافحة الرجـل المرأة ، قال : لايحل للرجل أن يصافـح المرأة الا امرأة يحرم عليه ان يتزوجها اخت او بنت او عمة أو خالة او بنت اخت أو نحوها ، وأما المرأة التي يحل أن يتزوجها فلا يصافحها الا من وراء الثوب ولا يغمز كفها (* ٢) .

وحيث انـه لافرق بين المصافحة وغيرها يكون مقتضى القاعدة حرمة اللمس على الاطلاق ولكن لايخفى ان المستفاد من الحديثين حكم الرجل .

ويؤيد المدعى ما رواه مفضل بن عمر قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : كيف ماسح رسول الله صلى الله عليه وآله النساء حين بايعهن ؟ فقال : دعا بمركنه الذي كان يتوضأ فيه فصب فيه ماء ثـم غمس فيه يده اليمنى ، فكلما بايع واحدة منهن قال : اغمسي يدك فتغمس كما غمس رسول الله صلى الله عليه وآله فكان هذا مما سحته اياهن (* ٣) .

---

١) الوسائل الباب ١١٥ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١

٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و٣

من الرجل للصبية غير البالغة ومن المرأة للصبي غير البالغ مع عدم التلذذ في الجميع [1] أما مع التلذذ فانه حرام مطلقاً وكذا يحرم مع التلذذ ولو الى الرجل [2].

وما رواه سعدان بن مسلم قال : قال أبوعبدالله عليه السلام : أتدري كيف بايع رسول الله صلى الله عليه وآله النساء ؟ قلت : الله اعلم وابن رسوله اعلم ، قال : جمعهن حوله ثم دعا بتور برام فصب فيه نضوحا ثم غمس يده «الى أن قال» ثم قال : اغمسن ايديكن ففعلن فكانت يد رسول الله صلى الله عليه وآله الطاهرة أطيب من أن يمس بها كف انثى ليست له بمحرم (* ١) .

١) كما هو مقتضى القاعدة الأولية ولا دليل على الحرمة ، نعم ربما يستدل بجملة من النصوص على الحرمة : منها : ما رواه أبو احمد الكاهلي ، واظنني قد حضرته قال : سألته عن جارية « جويرية » خ ل » ليس بيني وبينها محرم تغشاني فاحملها واقبلها ، فقال : اذا اتى عليها ست سنين فلا تضعها على حجرك (* ٢) .

ومنها : ما رواه زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا بلغت الجارية الحرة ست سنين فلا ينبغي لك أن تقبلها (* ٣) .

ومنها : ما رواه عبدالله بن يحيى الكاهلي قال : سأل محمد بن النعمان أبا عبدالله عليه السلام فقال له : عندي جويرية ليس بيني وبينها رحم ولها ست سنين قال : لاتضعها في حجرك (* ٤) ولكن هذه الروايات كلها ضعيفة سنداً ، مضافاً الى جريان السيرة الخارجية على الخلاف .

٢) فان الحكم لعله مورد تسالم الفقهاء .

---

١) نفس المصدر الحديث : ٤

٢ و٣) الوسائل : الباب ١٢٧ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ و٢

٤) من لايحضره الفقيه : ج ـ ٣ ص : ٢٧٥ باب ١٢٨ الحديث : ٢ .

(مسألة ٤) : يجب على المرأة ستر ما زاد على الوجه والكفين عن غير الزوج والمحارم [١] بل يجب عليها ستر الوجه والكفين عن غير الزوج حتى المحارم مع تلذذه [٢] ولا يجب على الرجل الستر مطلقاً [٣]

(مسألة ٥) : يجوز سماع صوت الاجنبية مع عدم التلذذ [٤] .

---

١) بلا كلام ويدل على المدعى قوله تعالى « ولا يبدين زينتهن » مضافاً الى النصوص والفتاوي والسيرة الخارجية، وتدل على المدعى أيضاً الروايات الواردة في حكم القواعد من النساء :

منها: ما رواه محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل « والقواعد من النساء اللاتي لايرجون نكاحاً ، ما الذي يصلح لهن أن يضعن من ثيابهن ؟ قال : الجلباب (* ١) .

ومنها: ما رواه محمد بن أبي حمزة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : القواعد من النساء ليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن قال : تضع الجلباب وحده (* ٢)

ومنها : ما رواه حريز بن عبدالله ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قرأ يضعن من ثيابهن قال : الجلباب والخمار اذا كانت المرأة مسنة (* ٣) فانه يستفاد من هذه الروايات ان غير القواعد من النساء لايجوز له الكشف الا بالمقدار المستثنى فلاحظ .

٢) كأن الحكم متسالم عليه بين القوم .

٣) لعدم الدليل عليه بل السيرة الخارجية تدل على الجواز .

٤) ربما يقال بأنه لايجوز لجملة من الروايات : منها : ما رواه مسعدة ابن

---

١ و٢) الوسائل : الباب ١١٠ من ابواب مقدمات النكاح وادابه الحديث : ١ و٣

٣) نفس المصدر الحديث : ٤

الفصل الثاني فى الاولياء

انمـا الولاية للاب وان عـلا ووصيه والحاكم فالاب على الصغيرين[١]

صدقة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : لاتبدؤا النساء بالسلام ولا تدعوهن الى الطعام، فان النبي صلى الله عليه و آله قال : النساء عي وعورة فاستر واعيهن بالسكوت واستروا عوراتهن بالبيوت (* ١) .

ومنها: ما رواه غياث بن ابراهيم، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال : لاتسلم على المرأة (* ٢) .

ومنها : ما رواه ربعي بن عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: كان رسول الله صلى الله عليه و آله يسلم على النساء ويرددن عليه وكان امير المؤمنين عليه السلام يسلم على النساء وكان يكره أن يسلم على الشابة منهن ويقول : اتخوف أن يعجبني صوتها فيدخل علي اكثر مما طلبت من الاجر (* ٣) .

وفيه : انه لايستفاد منها عدم الجواز ، نعـم يمكن أن يقال ان المستفاد مـن حديث ربعي الكراهة في الجملة فلا مجال للالتزام بالحرمة فان السيرة من صدر الأول جارية على مكالمة الرجال مـع النساء فلا تصل النوبة الى الأصل كي يقال ان مقتضاه الجواز أيضاً ، فلاحظ .

١) قال سيد المستمسك (قده) « ثبوت الولاية لهما في الجملة من القطعيات المدعى عليه الاجماع والنصوص والفتاوى شاهـدة بذلك » ، انتهى وتـدل على

(* ١) الوسائل : الباب ١٣١ من ابواب مقدمات النكاح وادابه الحديث : ١ .

(* ٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و٣ .

والمجنونين البالغين كذلك [١] ولاخيار لهما بعدزوال الوصفين [٢]

المدعى جملة من النصوص : منها ما رواه محمد بن مسلم (* ١).

ومنها : ما رواه هشام بن سالم ومحمد بن حكيم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا زوج الأب والجد كان التزويج للأول ، فان كانا جميعاً في حال واحدة فالجد أولى (* ٢) .

ومنها : ما روي عن ابن بزيع قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبية يزوجها أبوها ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها يجوز عليها التزويج أو الأمر اليها ؟ قال : يجوز عليها تزويج ابيها (* ٣) .

ومنها : ما رواه ابن الصلت (* ٤) ومنها : ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان ؟ فقال: اذاكان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم ، قلت : فهل يجوز طلاق الأب ؟ قال : لا (* ٥) .

١) الظاهر انه لاخلاف بينهم والحكم اجماعي ، واستدل عليه السيد الحكيم (قده) بالاستصحاب أيضاً ويرد عليه ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم جعل الزايد ، مضافاً الى اشكال تغيير الموضوع وعدم بقائه كما عن الجواهر .

٢) الخيار يحتاج الى الدليل ولولاه يكون العقد باقياً بحاله ولا ينفسخ بالفسخ وان شئت قلت : ادلة نفوذ تزويج الولي يقتضي نفوذ عقده على الاطلاق فلا اثر للفسخ مضافاً الى عدة نصوص تدل على نفوذ عقد الولي بعد فرض صيرورة

---

١) لاحظ ص : ٥٤١

٢) الوسائل : الباب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٣

٣) الوسائل : الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث ١ .

٤) لاحظ ص : ٥٣٨

٥) الوسائل الباب ١٢ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

. . . .

الصغير كبيراً .

لاحظ ما رواه ابن بزيع (*١) ولاحظ ما رواه ابن الصلت (*٢) فان المستفاد من الحديثين نفوذ العقد بعد زوال الصغر وانه لأخيار له بعد كبره كما ان مقتضى اطلاق نصوص كثيرة ذلك لاحظ ما رواه محمد بن مسلم (* ٣) .

ولاحظ ما رواه الحلبي قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ قال : فقال : اما تزويجه فهو صحيح ، وأما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم انه كان قد طلق فان اقر بذلك وامضاه فهي واحدة بائنة وهو خاطب من الخطاب وان انكر ذلك وأبى أن يمضيه فهي امرأته قلت : فان ماتت أو مات قال: يوقف الميراث حتى يدرك ايهما بقي ثم يحلف بالله ما دعاه الى أخذ الميراث الا الرضا بالنكاح، ويدفع اليه الميراث (* ٤) .

ولاحظ ما رواه عبيد بن زرارة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير ؟ قال : ان كان لابنه مال فعليه المهر ، وان لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر ضمن أولم يضمن (* ٥) .

وفي المقام حديثان يستفاد منهما خلاف المدعى: احدهما: ما رواه الكناسي (*٦) وهذه الرواية ضعيفة سنداً .

ثانيهما : ما رواه محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي

---

١) لاحظ ص : ٥٨٣

٢) لاحظ ص : ٥٤١

٣) لاحظ ص : ٥٨٣

٤) الوسائل : الباب ١١ من ابواب ميراث الازواج الحديث : ٤

٥) الوسائل : الباب ٢٨ من ابواب المهور الحديث : ١

٦) لاحظ ص : ٥٣٨

الا اذا كان العقد حين وقوعه مفسدة عند العقلاء فلايصح [١]

يزوج الصبية ، قال : ان كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم جايز ، ولكن لهما الخيار اذا ادركا فان رضيا بعد ذلك فان المهر على الأب قلت له : فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره ؟ قال : لا (* ١) .

وهذه الرواية تامة سنداً ولكن الأصحاب لم يعملوا بمفادها والشيخ (قده) حملها على جواز الطلاق بعد البلوغ وطلب المهر او الطلاق بعده فان تم الاجماع التعبدي الكاشف على خلاف الرواية فهو والا فيشكل رفع اليد عن الرواية ولذا احتاط الماتن بعد اسطر ، فلاحظ .

هذا بالنسبة الى الصغير وأما بالنسبة الى المجنون فالالتزام بعدم الخيار له بعد الافاقة مشكل اذ لادليل على الولاية عليه الا الاجماع والاتفاق فلابد من تمامية الاجماع الكاشف على عدم ثبوت الخيار ولاتصل النوبة الى الأصل واستصحاب بقاء الزوجية بعد الفسخ معارض كما ذكرناه مراراً .

١) ادعي عليه الاتفاق وعدم الخلاف ويمكن أن يستدل على المدعى بمارواه ابو حمزة الثمالي (*٢) بتقريب ان اطلاق قوله عليه السلام ان الله لايحب الفساد يشمل النكاح ، وان قلت انه يختص بالتصرف المالي والرواية ناظرة اليه قلت تدل على المقام بالاولوية .

ويدل على المدعى ايضاً ما رواه عبيد بن زرارة (* ٣) فان المستفاد من الرواية اختصاص الحكم بمورد عدم الضرر ولكن قد فرض في مورد الرواية كونه مضاراً فلا يستفاد المدعى من الرواية .

ويدل عليه أيضاً ما رواه الفضل بن عبد الملك ، عن أبي عبدالله عليه السلام

---

١) الوسائل : الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٨ .

٢) لاحظ ص : ٥٤٣

٣) لاحظ ص : ٥٤١

الا بالاجازة بعد البلوغ والعقل[١] نعم اذا زوج الابوان الصغيرين ولاية فالعقد وان كان صحيحاً الا ان في لزومه عليهما بعد بلوغهما اشكالا فالاحتياط لا يترك[٢] ولا يبعد ولاية الاب على من جن بعد بلوغه[٣]

قال: ان الجد اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حياً وكان الجد مرضياً جاز، قلنا: فان هوى أبو الجارية هوى، وهوى الجد هوى وهما سواء في العدل والرضا، قال: احب الي أن ترضى بقول الجد (* ١) وفيه ان المستفاد من الحديث لزوم كون الجد مرضياً ولا يستفاد من الحديث عدم كون العقد ذا مفسدة .

ويمكن الاستدلال على المدعى بقاعدة لاضرر على ما هو المقرر عند القوم من حكومتها على ادلة الأحكام فان مقتضى تلك القاعدة عدم صحة العقد الضرري فالنتيجة ان الولاية لهما فيما لايكون التزويج مضراً بحال الصغير .

ولكن يمكن الانتقاض بعدم التزالهم بالبطلان في مورد الغبن في باب البيع فان مقتضى القاعدة المذكورة بطلان العقد اذا كان احد المتعاقدين مغبوناً والأصحاب لم يلتزموا به بل قائلون بالخيار الا أن يقال ان القاعدة امتنانية والحكم بالفساد خلاف الامتنان، فتأمل .

١) فان بناء الأصحاب على صحة الفضولي بالاجازة مضافاً الى النص الخاص الوارد في المقام، لاحظ ما رواه ابو عبيدة (* ٢) .

٢) قد ظهر وجه الاشكال مما تقدم وقلنا ان الخيار مقتضى النص الوارد لاحظ ما رواه محمد بن مسلم (* ٣) .

٣) يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه : الوجه الاول ما رواه زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعتق

---

١) الوسائل : الباب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٤

٢) لاحظ ص : ٥٤٤

٣) لاحظ ص : ٥٨٤

وتشهد وتعطي من مالها ما شائت فان أمرها جايز تزوج ان شائت بغير اذن وليها وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها الا بامر وليها (* ١) .

بتقريب ان الولي الأب والجد، وفيه ان السند ضعيف فلا أثر للرواية الوجه الثاني : ان السيرة القطعية قائمة على قيام الأب والجد بادارة شئون المجنون والمجنونة في النكاح وغيره من دون ان يثبت ردع عنها وفيه : ان اثبات السيرة المتصلة بزمانهم في غاية الاشكال بل تحقق السيرة المدعاة مورد الكلام والاشكال

الوجه الثالث : قوله تعالى «الا أن يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح وان تعفوا اقرب للتقوى» (*٢) فانه يستفاد من هذه الاية الشريفة بضميمة النصوص المفسرة ان المراد من الذي بيده عقدة النكاح الأب والجد والأخ منها : ما رواه عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الذي بيده عقدة النكاح هو ولي امرها(*٣)

ومنها : ما رواه أبو بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الذي بيده عقدة النكاح ، قال : هو الأب والأخ والرجل يوصى اليه ، والذي يجوز امره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري فأي هولاء عفا فقد جاز (* ٤) .

ومنها : ما روي عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام في قوله : « الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » قال : هو الذي يعفوا عن بعض الصداق أو يحطون عنه بعضه أو كله (* ٥) .

ومنها : ما رواه اسحاق بن عمار قال : سألت جعفر بن محمد عليهما السلام عن قول الله : «الا أن يعفون » قال : المرأة تعفوا عن نصف الصداق ، قلت « أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، قال : أبوها اذا عفا جاز له ، وأخوها اذا كان يقيم

---

١) الوسائل : الباب ٩ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٦ .

٢) البقرة/٢٣٧ .

٣ و٤) الوسائل : الباب ٨ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٢ و٤

٥) الوسائل الباب ٥٢ من أبواب المهور الحديث : ٤

. . . .

بها وهو القائم عليها فهو بمنزلة الأب يجوز له، واذا كان الأخ لايهتم بها ولا يقوم عليها لم يجز عليها امره (* ١) .

غاية الأمر ترفع اليد عن النص بالنسبة الى الأخ لعدم ولايته ويبقى الجد والأب تحت النصوص ، ولا يخفى ان المذكور في النصوص الأب والأخ ولم يذكر فيها الجد الا أن يقال بعدم الفصل بين الأب والجد أو يقال ان المذكور في حديث ابن سنان (* ٢) عنوان الولي ، والجد ولي .

ولقائل أن يقول : من ايـن ثبت ولاية الجد والحكم لايثبت موضوع نفسه كما هو ظاهر .

الوجه الرابع : انه قد دلت جملة من النصوص على ولاية الأب أو الوالد على نكاح ولده على الاطلاق لاحظ ما رواه ابن جعفر (* ٣) فان مقتضى هذه الرواية ان امر نكاح الولد بيد والده على الاطلاق فبالمقدار الخارج قطعاً نرفع اليد وفي الباقي نأخذ بها ، والمقام من موارد الأخذ اذ لادليل على عدم ولاية الوالد .

الوجه الخامس: ما رواه أبوخالد القماط قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام الرجل الأحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه ؟ قال : ولم لايطلق هو ؟ قلت : لايؤمن ان طلق هو أن يقول غداً : لم أطلق ، أو لايحسن أن يطلق قال : ما ارى وليه الا بمنزلة السلطان (* ٤) .

بتقريب ان المستفاد من الرواية ان الولي له الولاية على الطلاق كالسلطان

---

١) الوسائل : الباب ٥٢ من ابواب المهور الحديث : ٥

٢) لاحظ ص : ٥٨٧

٣) لاحظ ص : ٥٣٧

٤) الوسائل : الباب ٣٥ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه الحديث : ١ .

على اشكال(١) فالاحوط الاستجازة من الحاكم الشرعي ايضاً(٢) ولا ولاية للاب على البالغ الرشيد(٣)

واذاثبت الولاية على الطلاق ثبت ولايته على النكاح بالاولوية اذ الطلاق اهم واعظم هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان وليه أبوه فانه الذي يباشر اموره .

وان ابيت عن الاولوية نقول: المستفاد من الحديث ان وليه بمنزلة السلطان وهو الامام المعصوم عليه السلام وحيث ان الامام عليه السلام له الولاية المطلقة في جميع الامور يكون وليـه كذلك فكما ان نكاح الامام عليه السلام صحيح كذلك نكاح وليه ، فلاحظ .

١) فانه قد وقـع مورد الاشكال في كلام الأصحاب من باب عـدم ورد نص خاص فيه .

٢) من باب أن الجمع بين الأمرين لايبقى اشكالا اذ الأمر دائر بين الولي والحاكم .

٣) بلااشكال ولاخلاف كما في كلام بعض وعن كشف اللثام اجماعاً منا ومن العامة والسيرة الخارجية شاهدة على المدعى .

وصفوة القول : انه لامجال للاشكال والكلام وان كان للأب ولاية على البالـغ الرشيد لكان ظاهراً وواضحاً، اضف الى ذلك بعض النصوص الدال على المدعى لاحظ ما رواه الفضل بن عبد الملك عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : اذازوج الرجل ابنه فذاك الى ابنه « الى أبيه » واذا زوجت الابنة جاز (* ١) وما رواه ابن أبي يعفورعن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : اني اريد أن اتزوج امرأة وان ابوي أرادا أن يزوجاني غيرها فقال : تزوج الـذي هويت ودع التي

---

١) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٤

ولا على البالغة الرشيدة (١)

« الذي » يهوى أبواك (*١) وما رواه ابان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا زوج الرجل ابنه كان ذلك الى ابنه واذا زوج ابنته جاز ذلك (* ٢) .

١) عن جامع المقاصد اتفاق علمائنا عليه ، وعن المسالك انه لاخلاف بين اصحابنافي سقوط الولاية عنها الا مانقل عن الحسن ابن أبي عقيل من بقاءالولاية وهو شاذ ، وعن رسالة الشيخ الأعظم (قده) دعوى اتفاق النص والفتوى عليه . وتدل على المدعى جملة من النصوص .

منها : ما رواه عبدالخالق قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المرأةالثيب تخطب الى نفسها قال : هي املك بنفسها تولى من شائت اذا كان كفواً بعد أن تكون قد نكحت زوجاً قبل ذلك (* ٣) .

ومنها ما رواه الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال في المرأة الثيب تخطب الى نفسها قال : هي أملك بنفسها تولى أمرها من شائت اذا كان كفواً بعد أن تكون قد نكحت رجلا قبله (* ٤) .

ومنها : ما رواه فضل بن عبد الملك والحلبي (* ٥) .

ومنها : ما رواه عبدالرحمن بن أبيعبدالله قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الثيب تخطب الى نفسها ؟ قال : نعم هي أملك بنفسها تولى امرها من شائت اذا كانت قد تزوجت زوجاً قبله (* ٦) .

---

١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب عقد النكاح واوليا العقد الحديث : ١

٢) نفس الصدر الحديث : ٣

٣) الوسائل : الباب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٢ .

٤) نفس المصدر : الحديث ٤

٥) لاحظ ص : ٥٣٧

٦) المصدر السابق الحديث : ٢١ .

عداالبكرفان الاحوط لزوماً في تزويجها اعتبار اذن الاب واذنها معاً كمامر[١] ويكفى في اثبات اذنها سكوتها[٢] الا اذا كانت هناك قرينة على عدم الرضا[٣] واذا زالت بكارتها بغير الوطي فهى بمنزلة البكر[٤] بخلاف

ومنها : ما رواه عبيد بن زرارة (* ١) .

١) وقد مرشرح ما أفاده وبيان ما هو المختار فراجع .

٢) لجملة من الروايات : منها ما رواه احمد بن محمد بن أبي نصر قال : قال أبو الحسن عليه السلام : في المرأة البكر اذنها صماتها ، والثيب أمرها اليها (* ٢) .

ومنها ما رواه داودبن سرحان، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يريد أن يزوج اخته قال : يؤامرها فان سكتت فهو اقرارها وان ابت لم يزوجها (* ٣) .

ومنها : ما رواه داود بن سرحان «سليمان خ ل» عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يريد أن يزوج اخته ، قال : يؤامرها فان سكتت فهو اقرارها وان ابت لم يزوجها، فان قالت: زوجني فلاناً زوجها ممن ترضى، واليتيمة في حجر الرجل لايزوجها الا برضاها (* ٤) فان مقتضى هذه النصوص ان الشارع الأقدس جعل سكوتها امارة على اذنها .

٣) اذ من الواضح ان الامارة انما تؤثر فيما لايكون دليل على خلافها وأمامع كشف الخلاف فلا أثر للامارة كما هو ظاهر .

٤) الحكم رتب على البكر والبكر فسر في اللغة بالتي لم تمس فاللازم تحقق الدخول والمس والا لايصدق عليه عنوان الثيب .

---

١) لاحظ ص : ٥٣٧

٢ و٣) الوسائل : الباب ٥ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١ و٢ .

٤) الوسائل : الباب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٣ .

ما اذا زالت بالوطي شبهة أو زنا على الاظهر(١) وللوصى ايضاً ولاية

وربما يستدل على المدعى بقوله تعالى « فجعلنا هن ابكاراً » (* ١) بضميمة قوله تعالى « لم يطمثهن انس قبلهم ولاجان (*٢) ولكن الظاهر انه لايمكن اتمام المدعى بهما اذ المستفاد من الايتين انهن ابكارو انه لم يحصل المس معهن لامن الانس ولامن الجن ولا يستفاد من الايتين ان البكارة باقية مادام لايحصل المس .

ولكن يمكن اثبات المدعى ببعض النصوص لاحظ ما رواه ابن جعفر (* ٣) فان المستفاد من هذه الرواية ان الميزان في ارتفاع الولاية هو الدخول فلا أثر بازالة العذرة بغير الدخول .

١) فان المستفاد من حديث ابن جعفر (* ٤) ان الولاية تزول بالدخول مطلقاً وفي المقام روايات تدل على اشتراط السقوط بالنكاح فلا أثر للدخول اذا كان شبهة أو بالزنا .

ومنها : ما رواه عبدالخالق (* ٥) وهذه الرواية ضعيفة بعبد الخالق فانه لم يوثق ومنها: ما رواه عبدالرحمن (*٦) وهذه الرواية ضعيفة بقاسم قال سيدنا الاستاد: انه مشترك بين الثقة والضعيف .

ومنها : ما رواه الحلبي (* ٧) ومقتضى هذه الرواية ان انقطاع الولاية بالتزويج ومقتضى حديث ابن جعفر ان الميزان بالدخول فلو تحقق الدخول بالزنا

---

١) الواقعة/٣٦ .

٢) الرحمن/٥٦ .

٣) لاحظ ص : ٥٣٧

٤) لاحظ ص : ٥٣٧

٥) لاحظ ص : ٥٩٠

٦) لاحظ ص : ٥٩٠

٧) لاحظ ص : ٥٩٠

النكاح على الصبي اذانص عليه الموصى (١)

يكون مورد التعارض بين الجانبين والترجيح مع حديث ابن جعفر للأحدثية كما انه لوقلنا بتساقطهما بالتعاريض تصل النوبة الى الأخذ بدليل جواز تزويج الثيب بدون اذن الولي ، فلاحظ .

١) ما يمكن أن يستدل بـه على المدعى وجوه : الوجه الاول : قولـه تعالى «كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان تـرك خيراً الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقاً على المتقين » (* ١) بتقريب ان صدر الاية وان كان راجعاً الى الوصية بالمال ولكن ذيلهامطلق ومقتضى اطلاق الذيل عدم الاختصاص بالمال بل الاعم فان قوله تعالى « فمن خاف من موص جنفاً او اثمـاً فاصلح بينهم فلا اثـم عليه » (* ٢) ، يقتضى باطلاقه نفوذ الوصية الا فيما كان جنفاً وميلا عن الحق .

ولكـن الانصاف ان استفادة الاطلاق من ذيل الايـة الشريفة مشكلة وبعض النصوص الواردة فـي شرحها ناظرة الى الوصية المالية لاحظ ما رواه محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله قال اعطه لمن أوصى لهبه وان كان يهودياً أونصرانياً ان الله عزوجل يقول: فمنبد له بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه (* ٣) .

الوجه الثاني قوله تعالى «قل اصلاح لهم خيروان تخالطوهم فاخوانكم»(*٤) بتقريب ان النكاح لو كان لهم صلاح يصدق عنوان الاصلاح عليه فيجوز .

ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال بـأن الاية لاتكون في مقام تشريع القدرة بل في مقام الحث على المقدور والا فأي فرق بين الوصي والأجنبي ؟ وان شئت قلت : لايمكن اثبات الولاية على اليتيم بالاية .

---

١) البقرة/ ١٨٠ .

٢) البقرة ١٨٢

٣) الوسائل الباب ٣٢ من احكام الوصايا الحديث : ١

٤) البقرة/ ٢٢٠

. . . .

الوجه الثالث : ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام انه سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال : لابأس به من اجل ان اباه قد اذن له فيذلك وهو حي (* ١) بتقريب ان المستفاد من الرواية جواز الوصية بالمضاربة ويستفاد من جوابه عليه السلام ان الميزان في نفوذ الوصية جواز ذلك الأمر بالنسبة الى الأب حيث قال عليه السلام « لابأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي » فيعلم ان كل امر يكون جايزاً فيحال حياته يجوز الايصاء به لما بعدالوفاة وحيث ان النكاح أمره بيده في حال الحياة فيجوز الايصاء به وهذه الرواية ضعيفة بحسن بن علي وقد عبر عنها سيدنا الاستاد بالصحيحة .

وفي المقام رواية اخرى رواهاخالد « ابن بكير خ) الطويل قال : دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بني اقبضمال اخوتك الصغار واعمل به ، وخذ نصف الربح واعطهم النصف، وليس عليك ضمان فقد متني ام ولد أبي بعدوفاة أبي الى ابن أبي ليلى ، فقالت : ان هذا يأكل اموال ولدي، قال : فاقتصصتعليه ما أمرني به ابي ، فقال لي ابن أبي ليلى ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ، ثم اشهد علي ابن أبي ليلى ان انا حركته فأنا له ضامن ، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصتي ، ثم قلت له : ما ترى ؟ فقال : أما قول ابن أبي ليلى فلا استطيع رده، وأما فيما بينك وبين الله عزوجل فليس عليك ضمان (*٢) يستفاد منها أيضاً جواز الوصية بالمضاربة ، ولكن سندها مخدوش بخالد مضافاً الى أنها خالية عن التعليل .

الوجه الرابع : انه قد فسر في بعض النصوص من بيده عقد النكاح ومن

---

١) الوسائل الباب ٩٢ من احكام الوصا يا الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٩٢ من احكام الوصايا الحديث : ٢

. . . .

جملتهم الوصي ، لاحظ حديث أبي بصير ومحمد بن مسلم (✻ ١) .

ولاحظ حديث سماعة ، عـن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل : « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » قال: هو الأب أو الأخ أو الرجل يوصى اليه ، والذي يجوز امره في مال المرأة فيبتاع لها فتجيز « ويتجر ـ به » فاذا عفا فقد جاز (✻ ٢) فانه لو أوصى الميت بالنكاح بالنسبة الى ولده يكون الوصي لـه الولاية بمقتضى النص والظاهر ان هذا الوجه تام للاستدلال به على المدعى .

وفي المقام حديثان يستفاد منهما عدم الجواز : احدهما : ما رواه اسماعيل ابن بزيع قال : سأله رجل عن رجل مات وترك اخوين وابنة والبنت صغيرة فعمد احد الاخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ثم مات ابو الابـن المزوج ، فلما ان مات قال الآخر : اخي لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه ، فقيل للجارية : اي الزوجين احب اليك الاول او الآخر ؟ قالـت : الآخر ، ثم ان الاخ الثاني مات وللأخ الأول ابن اكبر من الابن المزوج ، فقال للجاريـة : اختاري ايهما احـب اليك الزوج الأول أو الزوج الآخر ، فقال : الرواية فيها انها للزوج الأخير ، وذلك انها قد كانت ادركت حين زوجها وليس لها أن تنقض ما عقدته بعد ادراكها (✻٣) بتقريب انه فرض في الرواية ان الوصي زوج الجارية من ابنه ومع ذلك جعلها للزوج الأخير فلا ولاية للوصي .

ويمكن أن يجاب على الاستدلال بأنه لم يفرض في هذه الرواية كون الابن

---

١) لاحظ ص : ٥٨٧ والوسائل الباب ٨ من أبواب مقدمـات النكاح واولياء العقد الحديث : ٥

٢) الوسائل الباب ٥٢ من ابواب المهمور الحديث : ١

٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١

وكذا على المجنون(١)

الأكبر وصياً في النكاح بخلاف النصوص المفسرة لمن بيده عقدة النكاح فان المستفاد من تلك النصوص ولو بملاحظة مناسبة الحكم والموضوع ان الوصي وصي في النكاح فلا تعارض بين الطرفين .

وان شئت قلت : ان حديث ابن بزيع يشمل الوصي في النكاح بالاطلاق فان الوصي الوارد في الحديث مطلق فيمكن أن يكون وصياً في خصوص النكاح ويمكن كونه وصياً في خصوص غير النكاح ويمكن كونه وصياً على الاطلاق وحيث انه اعم من هذه الجهات يكون قابلا لأن يقيد بماعارضه فان كون الوصاية في النكاح قطعي ، فلاحظ .

ثانيهما : ما رواه محمد بن مسلم (* ١) بتقريب ان المستفاد من الرواية ان تزويج غير الأب لااثر له واجيب عن الاستدلال بأن ذكر الأب من باب كونه ولياً لاالخصوصية فيه والا فلا اشكال في الولاية للجد ولم يذكر في الرواية فلا تعارض بين الطرفين .

وفيه : انه خلاف الظاهر وكون الجد ذا ولاية يقتضي تخصيص الرواية بدليل كون الجد ولياً ايضا فهذا الجواب غير تام فيقال في الجواب عن الاشكال ان دلالة الرواية على عدم ولاية الوصي بالاطلاق وقابل لأن يقيد بدليل صحة الوصاية

وبعبارة اخرى : قد علم من نصوص تفسير من بيده عقدة النكاح ان الوصي في النكاح له الولاية فنقيد حديث محمد بن مسلم بتلك النصوص .

ومما ذكرنا ظهر الجواب عن الاستدلال بحديث أبي عبيدة (*٢) فان غاية دلالته على نفي الولاية بالاطلاق والاطلاق قابل للتقييد ، فلاحظ .

١) فان مقتضى نفوذ الوصية نفوذها في المقام كما ان مقتضى تفسير من بيده

---

١) لاحظ ص : ٥٨٣

٢) لاحظ ص : ٥٤٤

واضطر الى التزويج (١) والاحوط استئذان الحاكم (٢) والحاكم الولايه على المجنون اذا لم يكن له ولي مع ضرورته الى التزويج وفي ولايته على الصبي في ذلك اشكال والاظهر الجواز مع ضرورته اليه (٣)

عقدة النكاح بالوصي جواز نكاح الوصي كما تقدم بالنسبة الى الصغير طابق النعل بالنعل

١) عن الشرايع : « للوصي أن يزوج من بلغ فاسد العقل اذا كان به ضرورة الى النكاح » ونحوه عن القواعد وعن المسالك يظهر منهما عدم الخلاف في هذه الصورة يعني صورة ما اذا بلغ فاسد العقل وعن الجواهر نفي بعضهم الخلاف عن ثبوتها في ذلك والمقام محل الاشكال اذ دليل الولاية اذا كان هو الاجماع فلابد من الاقتصار على صورة تحقق البلوغ في حال فساد العقل بالاضافة الى الضرورة الى النكاح ولا مجال للتعدي، مضافاً الى الاشكال في الاستدلال بهذه الاجماعات .

ولقائل أن يقول: بأي وجه نلتزم بولاية الوصي فانه مع فرض الضرورة تصل النوبة الى الحاكم الشرعي من باب كونه ذا ولاية بالنسبة الى الامور الحسبية ومع عدمه تصل النوبة الى العدول والى جميع المكلفين وان كان المدرك ما تقدم من اطلاق الاية وكون الوصي من أفراد من بيدهم عقدة النكاح فلا وجه للتقييد بصورة الضرورة وكيف كان الالتزام بثبوتها للوصي فرع وجود الولاية للاب اذ مع عدمها لامجال للايصاء بها فلاحظ .

٢) قد ظهر وجهه فان المقام محل الكلام والاشكال فيكون مورد الاحتياط بالنحو المذكور .

٣) اذ مع الضرورة يكون تزويجه من الامور التي لابد من تصديها والقدر المتيقن هو الحاكم الشرعي فاذا فرضت الضرورة ولم يكن له ولي تصل النوبة الى الحاكم وعين هذا البيان جارية في الصغير .

ووجه الاشكال عدم الدليل على ولاية الحاكم وتحقق الولاية على خلاف

وأمـا السفيه ففي صحـة تزويجه اشكال[١] فالاحوط أن لاينكح الا باذن الاب ان كان والا فالحاكم[٢] واذاكان رشيداً فــي المال

الأصل الأولي ولكن ظهر مما تقدم انه مـع الضرورة وعدم الولي يكون للحاكم التصدي .

١) يستفاد من حديث أبي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله أبي وأنا حاضر عـن اليتيم متى يجوز امره ؟ قال : حتى يبلغ أشده قال . وما أشـده ؟ قال : احتلامه ، قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو اكثر ولم يحتلم ، قال : اذا بلغ وكتب عليه الشيء « ونبت عليه الشعر ظ » جاز عليه الا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً (*١) عدم جواز نكاحه فان مقتضى اطلاق الحديث ان البالغ اذاكان سفيهاً أوضعيفاً لايجوز أمره على الاطلاق فلا يجوز نكاحه .

ولكن هذه الرواية ضعيفة سنداً وعليه لامانع من تزويجه اذا لم يستلزم التصرف في ماله ، الا أن يقال ان مقتضى حديث الفضلاء (*٢) ان المرأة السفيهة لايجوز نكاحها بدون الولي وبعدم القول بالفصل بين المرئه والرجل نلتزم ان نكاح الرجل السفيه ايضاً غير جايز الا مع اذن الولي ، فتأمل .

٢) قـد ذكرنا ان مقتضى بعض النصوص ان امر تزويج الولد بيد والده لاحظ ما رواه ابن جعفر (*٣) فان مقتضى هذا الحديث ان امر ازدواج الولد بيد والده خرج منه من خرج وبقي الباقي فالولاية مع وجوب الأب مع الأب ومع عدمه ينتقل الى الحاكم فانه الولي العام هذا بالنسبة الى السفيه .

---

١) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام الحجر الحديث : ٥

٢) لاحظ ص : ٥٤٢

٣) لاحظ ص : ٥٣٧

غير رشيد في التزويج فالاحوط له الاستئذان من الحاكم في تزويجه[١] وللمولى الولاية على مملوكه ذكراً كان ام انثى مطلقاً[٢] ولو زوج الولي الصغيرين توارثا[٣] ولو كان المزوج غيره وقف على الاجازة فان مات احدهما قبل البلوغ بطل وان بلغ احدهما وأجاز ثم مات

وأما بالنسبة الى السفيهة فيمكن الاستدلال على المدعى بما رواه الفضلاء (*١) والظاهر انه يشترط ولاية الحاكم بضرورة التزويج والا فلاارى وجهاً لولايته فان ولايته من باب الحسبة .

١) فان مقتضى اطلاق حديثي ابن جعفر (* ٢) والفضلاء (* ٣) عدم الفرق بين كونه رشيداً في المال وعدمه ولكن الذي يخطر بالبال ان مقتضى الظاهر أو الاحتياط تقديم ولاية الأب مع وجوده على الحاكم ومع عدمه تصل النوبة اليه ، والظاهر من المتن خلافه والله العالم .

٢) لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لايجوز للعبد تحرير ولاتزويج ولااعطاء في ماله الاباذن مولاه (*٤) ولاحظ ايضاً ماروواه أبو العباس قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الامة تتزوج بغير اذن اهلها، قال: يحرم ذلك عليها وهو الزنا (*٥) .

وفي الاستدلال على المدعى بالحديثين اشكال اذ المستفاد منهما اشتراط اذن المولى في التزويج وأما استقلاله فيه فلاالا أن يقال : ان المسألة اتفاقية بين القوم والذي يهون الخطب عدم كونها مورد الابتلاء في هذه الأزمنة .

٣) كما هو مقتضى القاعدة فان الزوجية اذا تحققت يترتب عليها الأرث من

---

١) لاحظ ص : ٥٤٢

٢) لاحظ ص : ٥٣٧

٣) لاحظ ص : ٥٤٢

٤ و٥) الوسائل الباب ١٧ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١ و٢

احلف الثانى بعد بلوغه على انتفاء الطمع اذا احتمل كـون اجازته طمعاً فى الميراث فاذا حلف على ذلك ورث والا فلا [١] .

(مسألة ١) : كما يصح عقد الفضولى في البيع يصح فى النكاح فاذاعقد شخص لغيره من دون اذنه فاجاز المعقود له صح العقد واذا لم يجز بطل [٢] واذا وكلت المرأة شخصاً على تزويجها لـم يصح

الطرفين .

١) لاحظ ما رواه أبوعبيدة (* ١) فانه يستفاد التفصيل المذكور من الرواية ولكن قد ذكر في المقام امران: احدهما انه قد ذكر في الرواية ان الولي زوجهما والفتوى لاتكون كذلك .

ثانيهما : انـه فرض موت الزوج والأصحاب عمموا الحكم بالنسبة الـى كليهما .

واجيب عن الاشكال الأول بأن المراد من الولي الولي العرفي ولذا حكم بصحة التزويج في ذيل الرواية اذ كان المزوج الأبوان ، وعـن الثاني باتفاق الاصحاب والاجماع على عدم الفرق ، فلاحظ .

٢) يمكـن الاستدلال على المدعى بوجوه : الوجه الاول : صحة الفضولي بالاجازة على طبق القاعدة الأولية الجارية فـي جميع العقود بتقريب انه بالاجازة ينتسب العقد الى المجيز ويصير عقداً له فيترتب عليه الاثر .

وقد اوردنا في هذا التقريب فى بحث البيع الفضولي وقلنا ان صحة الفضولي بالاجازة تحتاج الـى دليل خاص ولا تتـم بالقاعدة والتفصيل موكول الى ذلك الباب .

الوجه الثاني : ما ورد من التعليل في تزويج العبد بدون اذن سيده لاحظ ما

---

١) لاحظ ص : ٥٤٤

رواه زرارة (* ١) بتقريب ان مقتضى عموم العلة جواز الفضولي في النكاح بل جواز الفضولي على الاطلاق اذ المستفاد من التعليل ان المناط في الفساد معصية الله تعالى وأما اذا لم تكن معصية له تعالى بل معصية للخلق يصح ما وقع بالاجازة المتأخرة ممن بيده الأمر كالمولى في نكاح العبد .

ويشكل بأن المستفاد من الرواية ان نكاح العبد يصح باجازة المولى وبعموم العلة نتعدي الى غير النكاح من بقية عقوده وايقاعاته وأما التعدي الى مطلق الفضولي فلا وجه له .

وان شئت قلت : مقتضى التعدي بعموم العلة أن يقال : ان العبد اذ عقد عقداً أو أوقع ايقاعاً ولم يكن معصية له تعالى يصح باجازة مولاه وهل يمكن التعدي من اثبات حكم بالنسبة الى العبد الى غيره ، فلاحظ .

نعم لايبعد أن يستفاد صحة البيع الفضولي بالاجازة من حديث محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ، ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الأخير فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال خذ وليدتك وابنها ، فنا شده المشتري فقال : خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك ، فلما اخذ البيع الابن قال ابوه : ارسل ابني فقال : لاارسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الاول اجاز بيع ابنه (* ٢) ولكن الحق استفادة صحة الفضولي بالاجازة من حديث زرارة بتقريب عموم العلة ، فلاحظ .

الوجه الثالث النصوص الواردة في الموارد المختلفة الدالة على جواز الفضولي في النكاح ، منها : ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام

---

١) لاحظ ص : ٥٤٥

٢) الوسائل : الباب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١

. . . .

انه سأله عن رجل زوجته امه وهو غايب ، قال : النكاح جايز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامـه (* ١) ومنها ما رواه زرارة (* ٢) .

ومنها : ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج عبده « امرأة » بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه ، قال : ذاك لمولاه ان شاء فرق بينهما ، وان شاء اجاز نكاحهما فان فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها ، الا أن يكون اعتدى فاصدقها صداقاً كثيراً ، وان اجاز نكاحه فهما على نكاحهما الاول ، فقلت : لأبي جعفر عليه السلام : فان اصل النكاح كان عاصياً ، فقال أبو جعفر عليه السلام: انما اتى شيئاً حلالا وليس بعاص لله انما عصى سيده ولم يعص الله ، ان ذلك ليس كاتيان ما حرم الله عليه من نكاح في عدة واشباهه (* ٣) .

ومنها: ما رواه معاوية بن وهب قال : جاء رجل الى أبي عبدالله عليه السلام فقال: اني كنت مملوكا لقوم، واني تزوجت امراة حرة بغير اذن موالي ثم اعتقوني بعد ذلك ، فاجدد نكاحي اياها حين اعتقت ؟ فقال له : أكانوا علموا انك تزوجت امرأة وانت مملوك لهم ؟ فقال : نعم وسكتوا عني ولم يغيروا علي ، قال : فقال سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم ، اثبت على نكاحك الاول (* ٤) .

ومنها : ما رواه الحسن ابن زياد الطائي قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام اني كنت رجلا مملوكا فتزوجت بغير اذن مولاي، ثم اعتقني الله بعد فاجدد النكاح قال : فقال : علموا انك تزوجت ؟ قلت : نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لى

---

١) الوسائل الباب ٧ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٣

٢) لاحظ ص : ٥٤٥

٣) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ٢

٤) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

أن يتزوجها [١] الا مع عموم الاذن منها [٢] بل لو اذنت له في أن أن يتزوجهافالاحوط لهاستحبابا أن لايتولى بنفسه الايجاب والقبول بل يوكل عنها من يتولى الايجاب عنها [٣] ولا بأس له أن يوكلها

شيئاً قال : ذلك اقرار منهم انت على نكاحك (* ١) .

ومنها : ما رواه أبو عبيدة (* ٢) ومنها : ما رواه الفضل بن عبد الملك (٣) مضافاً الى الشهرة والاجماع ونفي الخلاف المدعاة .

١) كما نقل عن جملة من الاساطين كالمحقق والعلامة، وعن المسالك دعوى عدم الخلاف والوجه فيه انصراف التوكيل عن نفس الوكيل .

٢) كما هو ظاهر .

٣) لرواية عمار الساباطي (* ٤) ولا يبعد أن يكون النهي راجعاً الى كون الزوج بنفسه شاهداً في الزواج فيكون المنع من هذه الجهة فلايدل على فسادتولي الزوج لطرفي الايجاب والقبول .

مضافاً الى دعوى ضرورة عدم القدح، لاحظ كلام السيدالحكيم (قده) فيهذا المقام ولو تنزلنا عما قلنا و سلمنا ان النهي راجع الى تولى الرجل الايجاب لكن نقول ان المستفاد من الرواية ان المنهي عنه هو المجموع المركب من الايجاب و الشهاده وأما الايجاب بلاشهادة فلا يكون متعلقاً للنهي ومقتضى القاعدة الاولية هو الجواز .

ثم لا يخفى : ان المنهي عنه الوكالة في الايجاب فلو فرض ان الرجل وكل شخصاً آخر للقبول وتصدى بنفسه للايجاب يكون مشمولا للنهي فما في كلمات

---

١) نفس المصدر الحديث :٣

٢) لاحظ ص : ٥٤٤

٣) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٤

٤) لاحظ ص : ٥٤٧

فتتولى الايجاب منها والقبول عنه [١] .

الفصل الثالث

في المحرمات : وهي قسمان نسب وسبب (فالنسب) الام وان علت والبنت وان سفلت والاخت وبناتها وان نزلن والعمة والخالة وان علتا كعمة الابوين والجدين وخالتهما وبنات الاخ وان نزلن وأما السبب فامور :

(الاول) ما يحرم بالمصاهرة [٢] .

الاصحاب من كراهة تولي طرفي العقد أوحرمته ليس على ما ينبغي بل المنهي عنه كون الزوج متصدياً للا يجاب ، فلاحظ .

١) لخروج الفرض عن مفاد الحديث .

٢) حرمةالمذكورات من الأمور الواضحة التي لامجال للبحث فيها بالاضافة الى الاية الشريفة «حرمت عليكم امها تكم وبنا تكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم، وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ان الله كان غفوراً رحيما» (* ١) فان صدق بعض العناوين المذكورة في الاية الكريمة على بعض المراتب وان كان محل التأمل او المنع ، لكن يتم الامر بالتسالم والاجماع والارتكاز المتشرعي، فلاحظ .

---

١) النساء/٢٣

(مسألة ١) : من وطأ امرأة بالعقد اوالملك حرمت عليه امها وان علت وبناتها وان نزلت لابن اوبنت تحريماً مؤبداً سواء سبقن على الوطيء ام تأخرن عنه [١] .

---

١) في هذه مسئلة فروع : الفرع :الاول :انه من وطأامرأة بالعقد حرمت عليه امها بلاخلاف ولااشكال ويدل على المدعى قوله تعالى(*١) ومقتضى اطلاق الاية الشريفة تحقق الحرمة ولو مع عدم الدخول بل هو المعروف والمشهور بين الاصحاب على ما يظهر من بعض الكلمات ، بل ادعي عليه الاجماع عدا ما نسب الى ابن أبي عقيل من اشتراط الدخول بالبنت لحرمة امها .

وربما يقال :انه يستفاد الاشتراط من الكتاب العزيز وله تقريبان احدهما :أن يكون قوله تعالى « من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » راجعاً الى كل من نسائكم وربائبكم وفيه : ان الجار اذا كان راجعاً الى نسائكم يكون بيانية واذا كان متعلقاً بقوله تعالى « وربائبكم » يكون نشوية والجمع بين الامرين على فرض جوازه وصحته خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينه فهذا التقريب فاسد .

ثانيهما : أن يكون قوله تعالى « اللاتي دخلتم بهن » صفة لكل من نسائكم الاولى والثانية وفيه :ان الفصل بين الصفة والموصوف لادليل على صحته وصفوة القول : ان العرف محكم في باب الظواهر والظاهر من الاية الشريفة رجوع القيد الى امهات الربائب ، فمقتضى اطلاق الاية المباركة عدم الاشتراط وتحقق الحرمة بنفس تحقق عنوان ام الزوجة هذا بحسب المستفاد من الكتاب .

واما بحسب النص فيستفاد من بعض الروايات عدم الاشتراط ،لاحظ ما رواه غياث ابن ابراهيم، عن جعفر، عن ابيه ان علياً عليه السلام قال . اذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها اذا دخل بالام فاذا لم يدخل بالام فلا بأس أن يتزوج بالابنة

---

١) لاحظ ص : ٦٠٤

. . . .

واذا تزوج بالابنة فدخل بها اولم يدخل فقد حرمت عليه الام وقال: الربائب عليكم حرام كن فى الحجرا ولم يكن (*١) .

ولاحظ مارواه ابوبصير قال : سألته عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فقال : تحل له ابنتها ولا تحل له امها (* ٢) .

وفي قبال هذه الطائفة ، طائفة اخرى تعارضها وتدل على الاشتراط :

منها : مارواه حماد بن عثمان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الام والبنت سواء اذا لم يدخل بها يعنى اذا تزوج المرئة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فانه ان شاء تزوج امها وان شاء ابنتها (* ٣) .

ومنها : ما رواه محمد بن اسحاق بن عمار قال : قلت له : رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم ماتت أيحل له أن يتزوج امها ؟ قال : سبحان الله كيف تحل له امها وقد دخل بها ؟ قال : قلت له : فرجل تزوج امرأة فهلكت قبل أن يدخل بها تحل له امها ؟ قال : وما الذي يحرم عليه منها ولم يدخل بها (* ٤) .

ومنها: ما رواه جميل بن دراج انه سئل ابوعبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها هل تحل له ابنتها ؟ قال الام والابنة فى هذا سواء اذا لم يدخل باحداهما حلت له الاخرى (* ٥) فلابد من العلاج والترجيح مع الطائفه الاولى لموافقتها مع الكتاب وقد ذكرنا اخيراً ان المرجح منحصر بالاحدثيه فيدخل المقام في كبرى اشتباه الحجة بغيرها وحيث ان تخصيص الكتاب غير ثابت فلابد من العمل على طبق ظاهر قوله تعالى فالنتيجه هى الحرمة والله العالم. الفرع الثاني : انه تحرم ام الزوجه وان علت والا مركما افاده فان الظاهر

---

١ و٢) الوسائل الباب ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٤ و٥

٣ و٤ و٥) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب مايحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٣ و٥ و٦

التسالم على أن المذكورات فى الاية الشريفة لا تختص بالدرجة الاولى .

قال سيدنا الاستاد المراد مـن الامهات والبنات وبنات الاخ وبنات الاخت الاعم من الصلبية وغير ذات الواسطة ومن ذات الواسطة بلا كلام .

الفرع الثالث : انه يحرم على الواطي بنت الزوجة بلا اشكال ولا كلام ويدل عليه قوله يعالى « وربائبكم » مضافاً الى النصوص وقد تقدم بعض تلك النصوص في ذيل الفرع الاول .

الفرع الرابع: ان البنت تحرم وان نزلت والأمر كما افاده بالتسالم والاجماع ويمكن أن يقال : ان المدعى مستفاد من الكتاب الكريم بمقتضى وحدة السياق اذ قد مر قريباً ان المراد من الام والبنت الاعم فالربيبة كذلك .

الفرع الخامس : انه لا فرق في حرمة الربيبة بين كونها سابقة على الوطيء وبين كونها لاحقه ،ويدل على المدعى مارواه محمد بن مسلم قال :سألت احدهما عليهما السلام عن رجل كانت له جارية فاعتقت فزوجت فولدت أيصلح لمولاها الأول أن يتزوج ابنتها ؟ قال : لا هي حرام وهي ابنته والحرة والمملوكة في هذا سواء(*١) مضافاً الى التسالم فيما بينهم

الفرع السادس : انه من وطأ امرئة بالملك حرمت عليه امها للنصوص :منها مارواه حسين بن سعيد قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام رجل له امة يطأها فماتت أو باعها ثم أصاب بعد ذالك امها هل له أن ينكحها؟ فكتب عليه السلام لاتحل له (*٢) ولا يعارض النصوص الدالة على المنع ماروي عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له مملوكة يطأها فماتت ثم اصاب بعد امها قال : لا بأس ليست بمنزلة الحرة (*٣) فان هذا الرواية تدل على الجواز لكن لا اعتبار بسندها بمحمد

١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب مايحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٢

٢ و٣) الوسائل الباب ٢١ من أبواب مايحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٧ و١٥

(مسألة ٢) : تحرم الموطوئة بالملك أو العقد على أبي الواطى وان علا، ولو كان لامه وعلى أولاده وان نزلوا وكذا المعقود عليها لاحدهما مطلقاً فانها تحرم على الاخر وكذا الامة المملوكة الملموسة بشهوة أو المنظور الى شيىء منها مما يحرم النظر اليه لغير المالك بشهوة فانها تحرم على الاخر (١) .

بن سنان .

الفرع السابع : من وطأ امرئة بالملك تحرم عليه بنتها ويدل على المدعى ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت له جارية وكان يأتيها فباعها فاعتقت وتزوجت فولدت ابنة هل تصلح ابنتها لمولاها الأول ؟ قال : هي عليه حرام (* ١) .

واما حديث رزين بياع الانماط – عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : تكون عندي الامة فاطأها ثم تموت أو تخرج من ملكي فاصيب ابنتها يحل لي أن أطأها ؟ قال : نعم ، لابأس به انما حرم الله ذالك من الحراير فأما الاماء فلا بأس به (* ٢) ـ فلضعف سنده غير قابل لأن يعارض دليل المنع فان سنده مخدوش برزين وغيره .

وأما شمول الحكم للمرتبة الاولى وبقية المراتب فكمامر ، فان عموم الحكم مورد تسالمهم هذا على تقدير عدم صدق عنوان الام أو البنت على ذي الواسطة والا فالأمر اوضح .

١) في هذا المسئلة فروع الفرع الأول : ان الموطوئة بالملك تحرم على اب الواطى ، ادعي عليه اجماع المسلمين ، ويمكن الاستدلال على المدعى بقوله

---

١ و ٢) نفس المصدر الحديث : ٦ و ١٦

. . . .

تعالى «وحلائل ابنائكم » (*١) . ويدل على المدعى مارواه زرارة قال : قال ابو جعفرعليه السلام في حديث اذا اتى الجارية وهي حلال فلاتحل تلك الجارية لابنه ولالابيه (* ٢) .

ويمكن الاستدلال على المدعى بما يدل على التحريم مع اللمس والنظر بالاولوية لا حظ ما رواه عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل تكون عنده الجارية يجردها وينظر الى جسمها نظر شهوة هل تحل لابيه ؟وان فعل ابوه هل تحل لابنه ؟ قال: اذا نظر اليها نظر شهوة ونظرمنها الى ما يحرم على غيره لم تحل لابنه وان فعل ذلك الابن لم تحل للاب (*٣)

الفرع الثانی : انها تحرم على اب الواطى وان علا وان كان لامه ادعي عليه الاجماع ولصدق الابن على الحفيد على ما ادعى .

الفرع الثالث : انه لووطى بالملك تحرم الموطوئة على اولاد الواطي ويدل عليه ماعن أبي جعفر عليه السلام (*٤) ويمكن الاستدلال بحديث عبدالله بن سنان(*٥) بالتقريب المتقدم وهي الاولوية .

الفرع الرابع : انها تحرم على اولاد الواطى وان نزلوا، فانه يمكن الاستدلال على المدعى مضافاً الى التسالم والاجماع بما يدل على حرمتها على الابن بدعوى ان الا بن يصدق على الحفيد .

الفرع الخامس: انه تحرم المعقودلكل منهما على الاخر ولومع عدم الدخول. ويمكن الاستلال على المدعـى مضافاً الى الاجماع والتسالم بقول تعالى « ولا

---

١) النساء ٦/ ٢٣

٢ و٣) الوسائل الباب ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٥ و٦

٤) لاحظ صدر هذه الصفحه

٥) لاحظ ص : ٥٦٥

. . . .

تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء » (*١) وقوله تعالى«وحلائل ابنائكم » (*٢) فان زوجة كل واحد منهما حرام على الآخر بالكتاب مضافاً الى النصوص ، لاحظ ماروواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام انه قال : لولم تحرم على الناس ازواج النبى صلى الله عليه و اله لقول الله عزوجل : «و ما كان لكم ان تؤذوا رسول‌الله ولاان تنكحوا ازواجه من بعده ابداً» حرمن على الحسن والحسين بقول‌الله عزوجل « ولاتنكحوا ما نكح آبائكم من النساء ولايصلح للرجل أن ينكح امرأة جده (*٣) ولاحظ ما رواه زرارة قال : قال ابوجعفر عليه السلام في حديث : واذا تزوج الرجل امرأة تزويجاً حلالا فلا تحل تلك المرأة لابيه ولا لابنه (*٤) . وقال السيد الحكيم (قده) : بل لعله ضروري من ضروريات اسلام .

الفرع السادس : ان الملموسة بشهوة لاحدهما تحرم على الاخر وايضاً المنظور الى شييء منها مما يحرم النظر اليه لغير المالك اذا كان النظر بشهوة تحرم على الاخر والدليل على المدعى النصوص الواردة في المقام :

منها : مارواه محمد بن اسماعيل قال :سألت أباالحسن عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده ؟ قال : بشهوة ؟ قلت : نعم : قال ما ترك شيئاً اذا قبلها بشهوة ثم قال ابتداء منه :انجردها ونظراليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه قلت :اذا نظر الى جسدها ، فقال :اذا نظر الى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه (* ٥) فانه يستفاد من‌هذه الرواية انه اذا قبلها بشهوة تحرم على الأبن‌وايضا يستفاد من الحديث ان النظر من كل واحد منهما بشهوة الى موضع لايحل النظر اليه لغير المالك يوجب الحرمة على الاخر .

---

١ و٢) النساء ٢٢ و٢٣

٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

٤) نفس المصدر الحديث : ٢

٥) الوسائل الباب ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

. . . .

ويمكن أن يقال انه يستفاد حكم اللمس بشهوة من حكم النظر بالاولوية ومنها ما رواه عبدالله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل تكون عنده الجارية يجردها وينظر الى جسمها نظر شهوة هل تحل لأبيه ؟ وان فعل ابوه هل تحل لابنه ؟ قال : اذا نظر اليها نظر شهوة ونظر منها الى ما يحرم على غيره لم تحل لابنه وان فعل ذلك الابن لم تحل للاب (* ١) فانه يستفاد حكم النظر بشهوة من هذه الرواية ويستفاد حكم اللمس بالاولوية .

وفي المقام روايتان ربما يتوهم معارضتهما مع دليل المنع . الاولى : مارواه عبدالله بن يحيى الكاهلي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: سألته عن رجل تكون له جارية فيضع ابوه يده عليها من شهوة أو ينظر منها الى محرم من شهوة، فكره أن يمسها ابنه (* ٢) بتقريب ان الكراهة ظاهرة في عدم الحرمة فتعارض دليل الحرمة. وفيه اولا ان الكراهة اعم من الحرمة فتقيد بدليل الحرمة وثانياً : كلا منا في المقام في نظر كل من الاب والابن الى مملوكته أو لمسها وحديث الكاهلي مورده لمس الاب مملوكة الابن فلا ترتبط الرواية بما نحن فيه الثانية : مارواه علي بن يقطين عن العبد الصالح عليه السلام عن الرجل يقبل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أوخارج أتحل لابنه أولابيه ؟ قال لابأس (* ٣) بتقريب ان المستفاد من الرواية ان اللمس بدون الجماع لايوجب الحرمة .

وفيه : ان تقييد الاطلاق بالمقيد على طبق القاعدة الاولية وحيث ان هذه الرواية مطلقة من حيث الشهوة وعدمها تقيد بما تشترط فيه الحرمة بالشهوة . وان ابيت عن هذا البيان وقلت ان الظاهر من الرواية ان المباشرة فرضت في الرواية بشهوة نقول لم تفرض في الرواية ان الجارية جارية لمن يقبلها فمن هذه الجهة مطلقة فتقيد بتلك الروايات المفروض فيها كون اللمس بشهوة .

---

١ و ٢) نفس المصدر الحديث : ٦ و ٢

٣) الوسائل الباب ٧٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ٣

(مسألة ٣) : من عقد على امرأة ولم يـدخل بها حرمت عليه امها [1] وان علت ابداً [2] وتحرم بنتها على الاحوط وان نزلت مـن بنت كانت او من ابن مادامت الام في عقده [3] .

بقي شيئي وهو ان المستفاد من بعض نصوص الباب ان مجرد النظر يوجب الحرمة، لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه‌السلام في الرجل تكون عنـده الجارية فيكشف ثوبها ويجردها لايزيد على ذلك قال : لاتحل لا بنه اذا رأى فرجها(*١)فان مقتضى اطلاق هذه الرواية ان النظر الى فرج الجارية يوجب الحرمة بالنسبة الى الابن وان لم يكن عن شهوة ولكن يقيد هـذا الاطلاق بحديث محمد بن اسماعيل (* ٢) :

١) قد تعرضنا لهذا الفرع سابقاً فراجع .

٢) بلا كلام ولا اشكال هذا على تقديرعدم صدق الأم على الجدة والا يكون الأمراوضح فان مقتضى قوله تعالى « وامهات نسائكم » الحرمة على الاطلاق ، فلاحظ

٣) بلا كلام ويمكن الاستدلال على المدعى بأنه لوعقد على البنت فأما نلتزم بصحة كلا العقدين واما نلتزم بصحة الثاني وبطلان الاول واما نلتزم بالعكس أما الاول فلا يمكن الالتزام به لعدم جواز نكاح ام الزوجة وكونها محرمة ابداً كتاباً وسنة واما الالتزام بالثاني فبلاوجه اذ قد صدر العقد عن أهله ووقع في محله فلاوجه لبطلان فيتعين الثالث .

ويمكن الاستدلال على المدعى بمارواه احمدبن محمدابن أبي نصرقال :سألت

---

١) الوسائل الباب ٣ من أبواب مايحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث: ٧

٢) لاحظ ص : ٦١٠

فان فارقها قبل الدخول جاز له العقد على بنتها[1] ولو دخل حرمت

أباالحسن عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة متعة ايحل له أن يتزوج ابنتها ؟قال: لا (١*) فان مقتضى اطلاق الرواية عدم الجواز ولو مع عدم الدخول . ولايبعد ان نظر الماتن في بناء المسئلة على الاحتياط التشكيك في صدق الابنة على بنت الابن او بنت البنت والحال انه صرح في بعض كلماته بصدق الا بن على الحفيد ، الا أن يقال بأن الظاهر من كلامه الاحتياط في اصل الحكم .

١) بمقتضى صراحـة الاية الكريمه « فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم(٢*) وبنص الرواية، لاحظ ما رواه عيص بن قاسم، قال :سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل باشر امرأته وقبل غير انه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها قال : ان لم يكن افضى الى الام فلا بأس . وان كان افضى فلايتزوج (* ٣) .

وفي المقام نصوص يستفاد منها الخلاف ، وتعارض الطائفة الاولى : منها : ما رواه محمد بن مسلم ،عن أحدهما عليهم السلام قال :سألته عن رجل تزوج امراة فنظر الى بعض جسدها يتزوج ابنتها ؟ قال : لا اذا رأى منها مـا يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها (*٤) .

ومنها: مارواه ابو الربيع قال : سئل ابو عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امراة فمكث ايامامعها لايستطيعها غير انه قد رأى منها مايحرم على غيره ثم يطلقها أيصلح له أن يتزوج ابنتها ؟ قال أيصلح له وقد رأى من امها ما رأى ؟ (* ٥) .

فنقـول : اذا امكن الجمع بيـن الطرفين بالجمع العرفي فهو والا يكون الترجيح مع الطائفة الاولى لكونها موافقه مـع الكتاب وتلك الطائفة تخالفه ، فان

---

١) الوسائل : الباب ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

٢) لاحظ ص : ٦٠٤

٣ و٤) الوسائل الباب ١٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٣ و ١

٥) نفس المصدر الحديث : ٢

عليه البنت ابداً (١) ولم تحرم البنت على ابيه ولا على ابنه (٢) .

(مسألة ٤) تحرم اخت الزوجة جمعاً (٣) لا عيناً (٤) وكذا بنت اختها واخيها الا مع اذن العمة والخالة (٥) . ولو عقد من دون اذنهما

المستفاد من الكتاب ان الميزان في تحقق الحرمة الدخول ومن الظاهر ان الدخول يلازم عادة المس والنظر فيلزم أن يكون التحريم بالسبب المتقدم واسقاط الدخول عن الموضوعية مع صراحة الكتاب بـه ، فان تلك النصوص لكونها مخالفة مع الكتاب تضرب عرض الجدار .

فانها تخالف صراحة الاية الكريمة الدالة على الجواز حيث قال تعالى « فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » .

١) قد تقدم الكلام حول هذا الفرع ، فلا نعيد .

٢) لعدم دليل عليه .

٣) بلا اشكال بل في بعض الكلمات بلا خلاف بين المسلمين قاطبة ويدل عليه قوله تعالى (*١) مضافاً الى النصوص :

منها : مارواه ابو عبيده قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها ولا على اختها من الرضاعة (*٢).

٤) بمقتضى القاعدة الاولية وعدم الدليل على المنع، مضافاً الى ما يستفاد من النصوص وبالاضافة الى عدم الاستنكار من المتشرعة ، فلاحظ .

٥) على ماهو المشهور بين الاصحاب بـل ادعـى عليه الاجماع والنصوص دالة على المدعى ، منها ما رواه محمدبن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : لاتزوج ابنة الاخ ولاابنة الاخت على العمة ولا على الخالة الاباذنهما وتزوج العمة

---

١) لاحظ ص : ٤٠٤

٢) الوسائل : الباب ٢٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٢

فاجازتاصح على الاقوى وان كان الاحوط تجديد العقد [1]

والخالة على ابنة الاخ وابنة الاخت بغير اذنهما (*١).

و أما حديث علي بن جعفر ـ عن اخيه ، موسى بن جعفر عليهما السلام قال : سألته عن امرأه تزوج على عمتها وخالتها قال:لابأس وقال: تزوج العمة والخالة على ابنة الاخ وابنة الاخت ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الا برضاء منهما فمن فعل ذلك فنكاحه باطل (* ٢) ، الدال على الجواز فحيث انه مطلق يحمل على المقيد .

وبعبارة اخرى: الحديث الدال على الجواز مطلق من حيث الاذن وعدمه فيحمل على حديث ابن مسلم المفصل بين صورتي الأذن وعدمه مضافاً الى الاختلاف الواقع بين الصدر والذيل في حديث ابن جعفر فلا حظ .

١) وقع الكلام بين القوم في المقام فذهب جملة من الاصحاب على ما نسب اليهم الى الفساد وعدم تأثير الاجازة المتأخرة بتقريب ان العقد حين صدوره ممن بيده الأمر فاقد للشرط والشيئى لاينقلب عما هو عليه ، ولذا لو بيع شيئى بالبيع الغرري وبعد البيع ارتفع الغرر لايصح اذ حين تحققه صدر غررياً والمقام كذلك وما افيد في تقريب البطلان تام .

لكن القائلين بالصحة تمسكوا في مقام اثباتها بما رواه زرارة، عن أبى جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما ، قلت اصلحك الله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : ان اصل النكاح فاسد ولا تحل اجازة السيدله، فقال

---

١) الوسائل : الباب ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(مسألة ٥) : من زنى بخالته في قبلها أو دبرها حرمت عليه بناتها ابداً[1]

ابو جعفر عليه السلام : انه لم يعص الله ، وانما عصى سيده ، فاذا أجازه فهو له جايز (* ١) بتقريب ان المستفاد من الرواية ببركة عموم التعليل ان كل عقد واجد للشرايط الشرعية الالهية اذا كان فساده من ناحية عدم الرضا يصح بلحوق الرضا والمقام من مصاديق تلك الكبرى .

وقد مرمناسابقاً ان استفادة العموم من الحديث مشكل بل غاية ما يستفاد منه ان كل ما صدر عن العبد من العقد والا يقاع اذا لم يكن مقروناً برضا المولى يصح بلحوق رضاه، فعلى هذا لابد من جعل الاحتياط المذكور في ذيل المسئلة وجوبياً لكن الانصاف : ان الحديث يستفاد منه صحة الفضولي بالاجازة على الاطلاق وقد بنينا على الصحة في البيع الفضولى فما افاده في المتن تام .

١) في المقام روايتان :

الاولى :ما رواه محمد بن مسلم قال :سأل رجل ابا عبدالله عليه السلام وانا جالس عن رجل نال من خالته في شبابه ثم ارتدع يتزوج ابنتها ؟ قال : لا ، قلت انه لم يكن افضى اليها انما كان شيئى دون شيء فقال : لايصدق ولا كرامة (*٢) .

الثانية ما رواه ابو ايوب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله محمد بن مسلم وانا جالس عن رجل نال من خالته وهوشاب ثم ارتدع أيتزوج ابنتها؟ قال: لاقال انه لم يكن افضى اليها انما كان شيئى دون ذلك قال : كذب (*٣) و هذه الرواية ضعيفه بضعف اسناد الشيخ الى الطاطرى ، فالعمدة الرواية الاولى .

وربما يقال :ان المناقشة الصغروية الواردة في ذيل الحديث لاتناسب مقام

---

١) الوسائل : الباب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

٢ و٣) الوسائل الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١ و٢

اذا كان الزنا سابقاً على العقد[1] ويلحق بالزنا بالخالة الزنا بالعمة على الاحوط وجوباً[2] والاحوط استحباباً أن لايتزوج الزاني بنت المزني بها مطلقاً[3]

الامام عليه‌السلام فهذا يوجب التوقف، وفيه انه يمكن أن تكون المناقشه الصغروية بلحاظ مصحلة مكشوفة لدى الامام عليه السلام .

وان شئت قلت: هذه المناقشة لاتوجب رفع اليد عن صدر الحديث والمستفاد منه حرمة بنت المزني بها على الزاني والماتن عمم الحكم الى صورة تحقق الزنا في الدبر، والظاهر ان الجزم بالمدعى مشكل، الا أن يقال ان مقتضى اطلاق قوله «نال من خالته» عدم الفرق بين القبل والدبر، لكن المتبادر من هذه الجملة النيل منها على حسب المتعارف وهو الدخول في القبل .

١) كما هو المفروض في النص .

٢) الوجه في التوقف عدم نص بالنسبة الى العمة، فان ثبت اجماع على اتحاد المقامين من هذه الجهة او ان تم الدليل على ان الزنا بأمرئة يوجب حرمة بنتها فهو والا فلابد من بناء المسئلة على الاحتياط .

٣) المسألة مورد الخلاف بين الاصحاب ومنشأ الاختلاف معارضة النصوص فطائفة منها تدل على المنع :

منها : مارواه محمد بن مسلم ، عن احدهما عليها السلام انه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة أيتزوج بابنتها ؟ قال : لاالحديث (* ١) .

ومنها : ما رواه عيص بن القاسم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبل غير انه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها فقال : ان لم يمكن افضى

---

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

. . . .

الى الام فلا بأس وان كان افضى فلا يتزوج ابنتها (* ١).

ومنها : ما رواه منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأة فجور هل يتزوج ابنتها ؟ فقال : ان كان من قبلة او شبهها فليتزوج ابنتها وليتزوجها هي انشاء (* ٢).

ومنها : ما روي عن منصور بن حازم مثله الا انه قال : فليتزوج ابنتها انشاء وان كان جماعاً فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها (* ٣).

ومنها : ما رواه بريد قال: ان رجلا من اصحابنا تزوج امرأة قد زعم انه كان يلاعب امها ويقبلها من غير أن يكون افضى اليها قال : فسألت أبا عبدالله عليه السلام فقال لي: كذب مره فليفارقها قال : فأخبرت الرجل فوالله ما دفع ذلك عن نفسه وخلى سبيلها (* ٤).

ومنها : ما رواه منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل فجر بامرأة أيتزوج ابنتها ؟ قال : ان كان قبلة أو شبهها فلا بأس وان كان زنا فلا (* ٥).

ومما يدل على المنع ما رواه محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام : قال: سألته عن رجل فجر بامرأة ايتزوج امها من الرضاعة اوابنتها ؟ قال: لا (*٦).

فان المستفاد من الحديث ان حرمة ام المزني بها أوبنتها من النسب مفروغ عنها وانما السؤال عنهما اذا كانت النسبة بالرضاع فاجاب عليه السلام بالحرمة.

وبتقريب آخر: يمكن اثبات المدعى بالاولوية اذ لو تم الحكم في الرضاع يتم في النسب بالاولوية ومنها : ما رواه ابن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل فجر بامرأة أيتزوج امها من الرضاع او ابنتها ؟ قال: لا (*٧) والتقريب

---

١ و٢ و٣ و٤ و٥) نفس المصدر الحديث : ٢ و٣ و٤ و٥ و٨

٦ و٧) الوسائل الباب ٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١ و٢

هو التقريب .

وفي قبال هذه الطائفة طائفة اخرى تدل على الجواز : منها ما رواه هشام « هاشم خ ل » بن المثنى ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه سئل عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها ؟ قال : نعم ، وامها وابنتها (* ١) .

ومنها : ما رواه زرارة قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام رجل فجر بامرأة هل يجوز له أن يتزوج ابنتها ؟ قال : ما حرم حرام حلا لاقط (* ٢)

ومنها : ما رواه هشام بن المثنى قال : كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فقال له رجل : رجل فجر بامرأة اتحل له ابنتها؟ قال: نعم، ان الحرام لايفسد الحلال (*٣)

ومنها : مارواه حنان بن سدير قال : كنت عند أبي عبدالله عليه السلام اذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأة سفاحا هل تحل له ابنتها ؟ قال : نعم، ان الحرام لايحرم الحلال (* ٤) .

ومنها : مارواه صفوان قال : سأله المرزبان عن رجل يفجر بالمرأة وهي جارية قوم آخرين ثم اشترى ابنتها اتحل له ذلك ؟ قال : لايحرم الحرام الحلال ورجل فجر بامرأة حراما أيتزوج بابنتها ؟ قال : لايحرم الحرام الحلال (* ٥) .

فيقع التعارض بين الطرفين فلا بد من اعمال قاعدة التعارض ، والظاهر ان الترجيح فى طرف الطائفة المجوزة لكونها موافقة مع الكتاب فان قوله تعالى « واحل لكم ماوراء ذلكم » (*٦) يقتضي حلية تزويج غير ما ذكر في الاية من الأصناف وعلى فرض عدم الترجيح تصل النوبة الى التعارض وبعد التساقط يكون اطلاق الاية محكما كما هو ظاهر .

---

١ و ٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٧ و٩

٣ و٤ و٥) نفس المصدر الحديث : ١٠ و١١ و١٢

٦) النساء/٢٤ .

وفي الحاق الزنا بعد العقد وقبل الدخول بالزنا قبل العقد قولان والالحاق احوط واولى(١)

لكن قد تقدم ان الترجيح منحصر في الأحدثية ولاطرين الى احرازها الا أن يقال ان مقتضى اطلاق الكتاب هو الجواز ولادليل على تقييده فيجوز والله العالم

بقي شيء : وهو ان الماتن احتاط استحباباً والحال انه صرح في موارد من كلامه انه لامجال للقول بالاستحباب في الأحكام الوضعية فما هو المراد من الاستحباب فاما يكون مراده من الاستحباب المذكور حكم العقل بحسن الكف عن مورد احتمال الحرمة الواقعية وأما يكون المرادان المستفاد من مجموع ادلة الاحتياط والبرائة استحباب الاحتياط في كل شبهة وجوبية كانت او تحريمية والله العالم.

١) القاعدة الاولية تقتضي عدم الحرمة فان الأدلة الاولية المقتضية لجواز التزويج كقوله تعالى « واحل لكم ماوراء ذلكم » مقتضية للحلية مضافاً الى قوله في نصوص كثيرة ان الحرام لايحرم الحلال منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام انه قال في رجل زنا بام امرأته او بنتها او باختها فقال : لايحرم ذلك عليه امرأته ثم قال : ما حرم حرام حلا لاقط (* ١) .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام انه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة أيتزوج ابنتها؟ قال لا، ولكن ان كان عنده امرأة ثم فجر بابنتها او اختها لم تحرم عليه التي عنده (* ٢) .

وفي المقام حديثان يستفاد منهما التفصيل بين كون الزنا قبل الدخول وكونه بعد الدخول بالحكم بالحرمة في الاول وبعدمها في الثاني .

الحديث الاول : مارواه عمار ، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل تكون عنده الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجد أو الرجل يزني بالمرأة هل

(* ١ و٢) الوسائل : الباب ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٣ و٧

ولايلحق بالزنا التقبيل واللمس والنظر بشهوة ونحوها[١] وفي الحاق الوطء بالشبهة اذا سبق على العقد بالزنا في التحريم اشكال[٢]

يجوز لابيه أن يتزوجها ؟ قال : لاانما ذلك اذا تزوجها فوطأ ها ثم زنابها ابنه لم يضره لأن الحرام لايفسد الحلال وكذلك الجارية (*١) فان المستفاد من الحديث ان الميزان الكلي في كون الفجور سبباً للحرمة وعدمه وقوعه قبل الدخول وبعده وهذه الرواية ضعيفة بسهل .

الحديث الثاني: مارواه ابوالصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا فجر الرجل بالمرأة لم تحل له ابنتها ابداً وان كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك ولم يدخل بها فقدبطل تزويجه وان هوتزوج ابنتها ودخل بها ثم فجر بامها بعد مادخل با بنتها فليس يفسد فجوره بامها نكاح ابنتها اذا هو دخل بها وهو قوله : لايفسد الحرام الحلال اذاكان هكذا (٢) وهذه الرواية مخدوشة بمحمد بن فضيل اذ لايبعد أن يكون هو الا زدي ، والاقوال فيه متعارضة فالنتيجة انه لاوجه للقول بالحرمة .

١) لعدم الدليل على الالحاق بل الدليل قائم على خلافه ، لاحظ مارواه عيص بن القاسم (*٣) .

٢) ما قيل فى وجه الالحاق امور : الاول : ان الزنا اذا كان موجباً للتحريم فالوطء بالشبهة بطريق أولى يكون محرماً . وفيه : اولا ان الزنا السابق في غير الخالة والعمة موجباً للحرمة اول الكلام بل التزمنا بعدمه . وثانياً : لانرى وجهاً للأولوية وربما يكون التحريم في مورد الزنا لامر مفقود في المقام كتأديب الزاني مثلا ، وعلى الجملة ان ملاكات الأحكام الشرعية لانعلمها .

---

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٣

٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٨

٣) لاحظ ص : ٦١٧

أما الزنا والوطء بالشبهة الطارئان على العقد فلايوجبان التحريم[١] والمرئة المزني بها تحرم على آباء الزاني وابنائه اذا كان الزنا سابقاً على العقد والا لم تحرم[٢].

الثاني: ان الوطء بالشبهة ملحقة بالنكاح الصحيح بحسب الاستقراء اذ الوطيء بالشبهة توجب المهر والعدة والحاق الولد بالواطي فتكون ملحقة به في جميع الأحكام وحيث ان النكاح الصحيح يوجب الحرمة فالوطء بالشبهة كذلك.

وفيه: ان كونها في جملة من الاحكام كالنكاح الصحيح لا يدل على العموم بل المتبع هو الدليل ولذا نرى انه لايجوز النظر الى ام الموطوئة شبهة والحال انه جائز في النكاح بل من اظهر آثاره.

الثالث: ان قولهم «عليهم السلام (* ١) «الحرام لايحرم الحلال» بمفهومه يدل على أن الحلال يحرم وحيث ان الوطء بالشبهة حلال يوجب التحريم.

وفيه: ان الوطيء بالشبهة ربما يكون حراماً كما لو كانت الموطوئة اختاً للواطي بحسب الواقع ولكن تحل له بحسب الموازين الشرعية، مضافاً الى أن قولهم الحرام لايحرم الحلال لامفهوم له كي تكون نتيجته كون الحلال محرماً فالمتحصل مما تقدم عدم قيام دليل على هذا المدعى وعليه يكون مقتضى القاعدة عدم كونه محرماً.

١) لعدم الدليل على كونهما محرمين والقاعدة الاولية تقتضي الجواز، وقد تقدم الكلام حول الزنا الطاري على العقد قبل الوطيء.

٢) النصوص الواردة في المقام متعارضة واستدل على المنع بما رواه أبو بصير قال: سألته عن الرجل يفجر بالمرأة اتحل لابنه؟ اويفجر بها الابن اتحل لابيه؟

---

١) لاحظ ص: ٦١٩ و ٦٢٠

قال : لأان كان الاب او الابن مسها واحد منهما فلاتحل (* ١) .

وايضاً بما رواه علي بن جعفر ، عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام قـال : سألته عن رجل زنا بامرأة هل يحل لابنه أن يتزوجها ؟ قال : لا (* ٢)

والرواية الاولى ضعيفه سنداً بمحمد بن عيسى بن عبدالله حيث انه لم يـوثق واذا كان الراوي عنه العبيدي فهو ايضاً محل الاشكال ، والرواية الثانية لها سندان والسند الاول مخدوش ببنان بن محمد والسند الثاني مخدوش بعبدالله بن حسن .

والمعارض لهما مارواه زرارة قال : قال أبو جعفر عليه السلام : ان زنا رجل بامرأة ابيه اوبجارية ابيه فان ذلك لايحرمها على زوجها ولايحرم الجارية على سيدها انما يحرم ذلك منه اذا اتى الجارية وهي له حلال فلا تحل تلك الجارية لابنه ولا لأبيه الحديث (* ٣) فان المستفاد من ذيل الحديث بمقتضى الحصر ان المحرم ما يكون حلالا ، وهذه الرواية ضعيفة بموسى بن بكر ، ومقتضى اطلاق قوله تعالى « واحل لكم » (* ٤) جواز كل واحدة منهما على الاخر .

وربما يقال : ان قوله تعالى « ولاتنكحوا ما نكح آبائكم » (* ٥) يقتضي حرمة موطوئة الاب على الابن ولكن الظاهر بحسب التبادر العرفي أن يكون المراد من النكاح في المقام العقد والزواج لاالوطيء .

ويؤكد المدعى ان وحدة السياق تقتضي أن يكون المراد العقد اذ المراد من المنهي بقوله تعالى « لاتنكحوا » هو العقد فالمراد من قوله « مـانكح آبائكم » ايضاً هو العقد وعلى تقدير الشك يكون الكلام مجملا فلا يترتب عليه اثر .

---

١ و٢) الوسائل : الباب ٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث ١ و٢

٣) الوسائل الباب ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

٤) النساء/٢٤

٥) النساء/٢٢

(مسألة ٦) : لو ملك الاختين فوطىء احداهما حرمت الاخرى جمعاً [١] فلو وطئها لم تحرم الاولى الا أن يكون عالماً بالحرمة والموضوع فتحرم حينئذ [٢] . ثم انه ان اخرج الاولى عن ملكه حلت الثانية مطلقاً [٣] وان اخرج الثانية عن ملكه لم تحل الاولى الا اذا كان اخراجه للثانية لا بقصد الرجوع الى الاولى [٤] والاحوط في وطء

---

١) لجملة من النصوص منها ما رواه مسعدة بن زياد، قال : قال أبو عبدالله عليه السلام يحرم من الاماء عشر لاتجمع بين الام والابنة ولابين الاختين الحديث(※١) فان المراد من الجمع في الرواية الجمع بينهما بالوطى والافلا اشكال في الجمع في الملك.

٢) لاحظ ماروا ه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : الرجل يشتري الاختين فيطأ احداهما ثم يطأ الاخرى بجهالة قال : اذا وطىء الاخيرة بجهالة لم تحرم عليه الاولى وان وطىء الاخيرة وهو يعلم انها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً (※ ٢) فان المستفاد من الحديث انه لو وطىء الثانية مع العلم تحرم الاولى والا فلا وأما الثانية فلا اشكال في حرمتها كما تقدم .

٣) لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: اذا كانت عند الرجل الاختان المملوكتان فنكح احداهما ثم بداله في الثانية ينكحها فليس ينبغي له أن ينكح الاخرى حتى تخرج الاولى من ملكه يهبها أو يبيعها فأن وهبها لولده يجزيه (※ ٣) فان المستفاد من الروية ان اخراج الاولى عن الملكية يوجب لحلية بالنسبه الى الثانية .

٤) لاحظ ما رواه أبو الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام في

---

١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٨

٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ٥ و١

الثانية جهلا أن لاتحل له الاولى الا بالشرط المذكور [1] .

حديث قال : سألته عـن رجل عنده اختـان مملوكتان فوطىء احدهما ثم وطىء الاخرى فقال: اذا وطىء الاخرى فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت الاخرى قلت ارأيت ان باعها ؟ فقال : ان كان انما يبيعها لحاجة ولا يخطر على باله من الاخرى شيىء فلا ارى بذلك بأسـاً ، وان كان انما يبيعها ليرجع الى الأولى فلا (* ١) .

فان المستفاد من الخبر التفصيل ، فلاحظ .

١) منشأ الاحتياط ماروا ه عبد الغفار الطائي ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل كانت عنده اختان فوطىء احداهما ثم أراد أن يطأ الاخرى قـال : يخرجها عن ملكه قلت : الى من ؟ قال : الى بعض أهله قلت : فان جهل ذلك حتى وطأها قال : حرمتا عليه كلتاهما (*٢) .

بتقريب ان المستفاد من الرواية حرمة الاولى مع الجهل بالحرمة فيقع التعارض بين هذه الرواية ورواية الحلبى .

ويمكن أن يقال ان حديث عبدالغفار لايعارض حديث الحلبى لأن المراد من الجهالة المذكورة فيه الجهالة بالطريق المحلل لاالجهالة بحرمة الثانية فغاية ما في الباب دلالة حديث عبد الغفار على الحرمة على الاطلاق بلافرق بين صورة العلم والجهل فتقيد بحديث الحلبى كما يمكن أن تقيد بحدث عبدالصمد بن بشير عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث مـن أحرم في قميصه الى أن قال : اى رجل ركب امراً بجهالة فلا شيىء عليه (* ٣) .

مضافاً الى انه يمكن أن يقال انه على فرض التعارض يكون الترجيح مع دليل الجواز لموافقته مع اطلاق الكتاب وهو قوله « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم اوماملكت ايمانهم » (*٤) وقد تقدم الاشكال في الترجيح بالكتاب

---

١ و٢) نفس المصدر الحديث : ٩ و٦ .

٣) الوسائل : الباب ٣٠ من ابواب ما الخلل الواقع فى الصلاة الحديث : ١

٤) المؤمنون/ ٥ و٦

(مسألة ٧) : يحرم على الحر في الدائم مازاد على اربع حرائر [١]

---

١) نقل عليه اجماع المسلمين قاطبة بل في بعض الكلمات ادعيت عليه الضرورة ولا اشكال في انه من الواضحات ويمكن الاستدلال على المدعى بقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع »(* ١) فان الاية الكريمة حيث انها في مقام التحديد تدل على حرمة الخامسة .

وتدل على المدعى ايضاً جملة من النصوص : منها : ما روى في(مجمع البيان) قال : قال الصادق عليه السلام لايحل لماء الرجل أن يجري في اكثر من اربعة ارحام (* ٢) .

ومنها : مارواه زرارة بن اعين ومحمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا جمع الرجل اربعاً وطلق احداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التى طلق وقال : لايجمع مائه في خمس (* ٣) :

ومنها : ما رواه محمد بن احمد بن مطهر قال : كتبت الى أبى الحسن صاحب العسكر عليه السلام اني تزوجت اربع نسوة ولم اسأل عن اسمائهن ثم اني اردت طلاق احداهن وتزويج امرأة اخرى فكتب عليه السلام انظر الى علامة ان كانت بواحدة منهن فتقول : اشهد وان فلانة التى بها علامة كذاوكذا هي طالق ثم تزوج الاخرى اذا انقضت العدة (* ٤) .

ومنها : ما رواه جميل بن دراج ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوج خمساً في عقدة قال : يخلى سبيل ايتهن شاء ويمسك الاربع (* ٥) .

---

١) النساء/٣

٢) الوسائل الباب ١ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث : ٣

٣ و٤) الوسائل : الباب ٣ و٢ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث : ١ و٣

٥) الوسائل الباب ٤ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد

وفي الاماء مازاد على الامتين[١] وله أن يجمع بين حرتين وامتين أو ثلاث حرائر وامة[٢] ويحرم على العبد مازاد على أربع اماء وفي الحرائرمازاد على حرتين[٣]. وله ان ينكح حرة وامتين[٤] ولايجوز

ومنها : ما رواه عقبة بن خالد ، عن أبي عبد الله عليه السلام في مجوسي أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه كيف يصنع ؟ قال : يمسك اربعاً ويطلق ثلاثاً (* ١)

١) ادعي عليه تسالم الاصحاب وعدم الخلاف ويدل على المدعى مارواه ابو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوح عليها يهودية ؟ فقال: ان اهل الكتاب مماليك للامام وذلك موسع منا عليكم خاصة فلابأس أن يتزوج قلت : فانه يتزوج عليهما امة قال : لايصلح له أن يتزوج ثلاث اماء الحديث (* ٢) فانه لوكان جايزاً لكان صالحاً فعدم كونه صالحاً يلازم مع عدم الجواز وهذا هو المدعى .

٢) كما هو ظاهر اذ يجوز له الأربع فيجوز الجمع بين حرتين وامتين كما انه يجوز له الجمع بين امة وثلاث حرائر .

٣) ويدل عليه ماروواه محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن العبد يتزوج اربع حرائر؟ قال: لاولكن يتزوج حرتين وانشاء اربع اماء (*٣)

٤) لاحظ ما ارسله الصدوق (قده) يتزوج العبد بحريتن او اربع اماء اوامتين وحرة (* ٤) ومقتضى الادلة الأولية هو الجواز اذ لايشمله دليل المنع مضافاً الى انه ادعي عليه الاجماع .

---

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث : ١

٢) الوسائل : الباب ٢ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث : ٢ .

٣) الوسائل : الباب ٨ من ابواب ما يحرم باستيفاد العدد الحديث : ١

٤) الوسائل : الباب ٢٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١٠

نكاح الامة على الحرة الا باذنها(١) ولو عقد بدونه كان باطلا بدون اجازتها(٢)

١) اجماعاً بقسميه كما في الجواهر ويدل على المدعى مارواه محمد بن اسماعيل قال : سألت أبا الحسن عليه السلام هل للرجل أن يتمتع من المملوكة باذن اهلها وله امرأة حرة ؟ قال : نعم اذا رضيت الحرة ، قلت : فان اذنت الحرة يتمتع منها ، قال : نعم (* ١) .

ويدل عليه ايضاً ماروراه يعقوب بن يقطين قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتزوج الامة على الحرة متعة ؟ قال : لا (*٢) .

ويدل على المدعى ايضاً ما رواه حذيفة بن منصور قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امة على حرة لم يستأذنها ؟ قال : يفرق بينهما قلت : عليه ادب ؟ قال : نعم اثنا عشر سوطاً ونصف ثمن حد الزاني وهو صاغر (* ٣) .

٢) لاحظ ماروراه الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : تزوج الحرة على الامة ولاتزوج الامة على الحرة ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل (* ٤) .

ويستفاد من حديث سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امة على حرة فقال : ان شائت الحرة تقيم مع الامة اقامت وان شائت ذهب الى اهلها قال: قلت : فان لم ترض بذلك وذهبت الى اهلها أله عليها سبيل اذا لم ترض بالمقام ؟ قال : لاسبيل عليها اذا لم ترض حين تعلم قلت : فذهابها الى اهلها طلاقها ؟ قال : نعم اذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة اشهر او ثلاثة قروء ثم تتزوج ان شائت (*٥) ما ينافي مفاد حديث الحلبي، فان المستفاد من هذا الحديث عدم بطلان عقد الامة على الحرة غاية الامر يكون للحرة الخيار والفسخ بالنسبة الى عقد نفسها، ولكن

١ و٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المتعة الحديث : ١ و٣

٣) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث: ٢

٤) الوسائل الباب ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث : ١

٥) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٣

وأمامعها فالاظهر الصحة[1] ولوا دخل الحرة على الامة ولم تعلم فلها الخيار في عقد نفسها[2]

الرواية نقلهافي الكافي بنحو آخر في رجل تزوج امرئة حره وله امرأة امة فيتعارض النقلان .

وقال سيدنا الاستاد : يقدم ما في نسخة الكافي لأنها اضبط ، هذا على تقدير كون الرواية رواية واحدة منقولة بطريقين واما على تقدير احتمال كونهما روايتين يقع التعارض بين حديث الحلبي ورواية سماعة اذ مقتضى احديهما بطلان تزويج الامة على الحرة ومقتضى الأخرى الصحة والترجيح مع ما يدل على الصحة لكونها موافقة مع الاطلاق الكتابي وقدمر الاشكال في الترجيح بالكتاب .

١) لماورد في نكاح العبد بدون اذن سيده ، بتقريب انه يستفاد من عموم التعليل الجواز مع اجازة من بيده الامر لاحظ مارواه زرارة (* ١) وقدمر اشكال في التقريب المذكور وقلنا ان غاية ما يستفاد من الرواية ان العبد اذا عقد عقداً او أوقع ايقاعاً بدون اذن سيده يصح مع الاجازة المتأخرة .

مضافاً الى أنه صرح في حديث الحلبي بالبطلان، ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين لحوق الاجازة وعدمها، ومعذلك كيف يمكن الالتزام بالصحة بلحوق الاجازة ، الا أن يقال ان حديث زرارة بتقريب عموم العلة حاكم على حديث الحلبي .

وبعبارة اخرى البطلان في حديث الحلبي بلحاظ العصيان الخلقي والمفروض انه قابل للتصحيح بالاجازة اللاحقة .

٢) للحديث سماعة (*٢) ولحديث يحيى بن الازرق ، قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له امرأة وليدة فتزوج حرة ولم يعلمها بأن له امرأة وليدة فقال ان شائت الحرة اقامت وان شائت لم تقم قلت : قداخذت المهر فتذهب به؟

---

١) لاحظ ص : ٦١٥

٢) لاحظ ص : ٦٢٨ ـ

ولو جمعهما في عقد واحد صح عقد الحرة[١] وتوقف عقد الامة على اجازة الحرة[٢].

(مسألة ٨) : يحرم العقـد على ذات البعل أوالمعتدة مادامتا كذلك ولو تزوجها جاهلا بالحكم أوالموضوع بطل العقد فان دخل حينئذ حرمت ابداً أوالولد له وعليه مهر المثل للمرأة مع جهلها والاحوط ان تتم عـدة الاول ان كانت معتدة وتستأنف عدة الثاني والاظهر التداخل ولوعقد عالماً بالحكم والموضوع حرمت ابداً بالعقد وكذا اذا كانت المعتدة المعقود عليها عالمة بهما واما ذات البعل فلا اثر لعلمها ولافرق في العدة بين عدة الطلاق بائناً اورجعياً وعدة الوفاة وعدة وطء الشبهة ولافرق في المعتدة بين الحرة والامة ولافي الدخول بين أن يكون في القبل والدبر ولا يلحق بالعدة مدة استبراء الامـة

قال : نعم بما استحل من فرجها (*١)

١) لاحظ مارواه ابو عبيدة ، عن أبي جعفر عليه السلام قـال : سئل أبوجعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة حرة و امتين مملوكتين في عقد واحد قال : أما الحرة فنكاحها جايزوان كان سمى لها مهراً فهو لها ، وأماالمملوكتان فان نكاحهما في عقد مع الحرة باطل يفرق بينه وبينهما (*٢) فان مقتضى هذا الحديث صحة عقد الحرة .

٢) بدعوى استفادة حكم المقام عن مورد دخول الامـة على الحرة وجوازه

---

١) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٤٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها

ولا بالعقد وطء الشبهة ولا الوطء بالملك ولا بالتحليل والمدار على علم الزوج فلايقدح علم وليه اووكيله[1].

باذنها ولكن الانصاف ان الجزم بالجواز مشكل ومقتضى اطلاق حديث أبي عبيدة هو البطلان بل لنا ان نقول بأن مقتضى الرواية عدم الجواز حتى مع اذن الحرة وحمل اطلاق الرواية على كون الغالب عدم الأذن لادليل عليه فلا وجه للحمل المذكور .

١) في هذه المسئلة فروع : الفرع الاول : انه لوتزوج بذات بعل مع الجهل بالحكم أو الموضوع ودخل بها يكون العقد باطلا وتحرم على الواطي ابدا والنصوص الواردة في المقام مختلفة .

منها : مارواه اديم بن الحر قال : قال أبوعبد الله عليه السلام : التي يتزوج ولها زوج يفرق بينهما ثم لايتعاودان ابداً (* ١) ومقتضى هذه الرواية ان مجرد العقد على ذات بعل يوجب الحرمة الأبدية .

ومنها : مارواه عبد الرحمن بن الحجاج، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ولها زوج وهو لايعلم فطلقها الأول اومات عنها ثم علم الاخير أيراجعها ؟ قال: لاحتى تنقضي عدتها (*٢) والمستفاد من هذه الرواية ان العقد على ذات البعل مع الجهل بكونها ذات بعل لايوجب الحرمة بل يجوز التزويج معها بعد انقضاء عدتها اعم من تحقق الدخول بها وعدمه .

ومنها : مارواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام فى امرأة فقد زوجها اونعي اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال تعتد منهما جميعاً ثلاثة اشهر عدة واحدة وليس للاخر أن يتزوجها ابداً (*٣) فان المستفاد من هذه الرواية انه لوتزوج بذات بعل مع الجهل ودخل بها تحرم عليه مؤبداً . والدليل على تحقق الدخول

---

١ و٢ و٣) الوسائل الباب ١٦ من ابواب مايحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١ و٣ و٢

قوله عليه السلام تعتد منهما جميعاً ـ اذ لاعدة مع عدم الدخول .

ومنها : ما رواه زرارة (ايضاً) عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا نعي الرجل الى اهله او اخبروها انه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الاول فان الاول احق بها من هذا الاخير دخل بها الاول أو لم يدخل بها وليس للاخر أن يتزوجها ابداً ولها المهر بما استحل من فرجها (* ١) وهذه الرواية كالرواية السابقة في المفاد .

والدليل على الدخول في هذه الرواية قول عليه السلام ولها المهر بما استحل من فرجها» وحيث ان الظاهر بحسب الفهم العرفي فرض الجهل في روايتي زرارة تكونان بالنسبة الى حديث عبدالرحمن بن الحجاج نسبة الخاص الى العام ، اذ مقتضى اطلاق حديث عبدالرحمن عدم الفرق بين الدخول وعدمه ، لكن فرض الجهل بالموضوع في الرواية فحديث عبدالرحمن يخصص بحديثي زرارة كما ان عموم حديث اديم بن الحر يخصص بهذه النصوص .

فالنتيجة ان الحرمة الأبدية في صورة الجهل بالموضوع والدخول ، لكن هذا التقريب انما يتم على فرض تمامية حديث عبدالرحمن بن الحجاج سنداً وأما لو لم يتم لأجل كون محمد بن عيسى في السند واحتمال المراد منه اليونسي فيشكل ولايتم التقريب اذ على هذا التقدير لادليل على الجواز مع عدم الدخول ، فان مقتضى حديث اديم بن الحر الحرمة على الاطلاق ومقتضى حديثي زرارة الحرمة في صورة الجهل بالموضوع والدخول ومن الظاهر انه لاتنافي بين المثبتين .

وبعبارة اخرى : لامفهوم لحديثي زرارة بل المستفاد منهما ثبوت الحرمة في صورة خاصة وأما نفي الحرمة عن غيرها فلايستفاد منهما والحال ان المستفاد من

---

١) نفس المصدر الحديث : ٦

حديث اديم الحرمة على الاطلاق .

بقي شيىء : وهوان الماتن عمم الجهل حيث قال جاهلا بالحكم او الموضوع والحال ان المستفاد من النصوص ان الموضوع الذي رتب عليه الحكم هو الجهل بالموضوع فعليه الجهل بالحكم لاأثر له واذا لم يكن جهل بالموضوع تترتب الحرمة .

وفى المقام رواية لعبد الرحمن ـ قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم استبان له بعدما دخل بها ان لها زوجا غايباً فتركها ثم ان الزوج قدم فطلقها أو مات عنها أيتزوجها بعد هذا الذي كان تزوجها ولم يعلم ان لها زوجاً ؟ قال : ما احب له أن يتزوجها حتى تنكح زوجاً غيره (*١) ، يتوهم منها المعارضة بدعوى ان المستفاد منها عدم تحقق الحرمة الابدية حتى مع فرض الدخول حيث فرض الدخول في الرواية في قول الراوي بعد ما دخل بها ، وصاحب الوسائل احتمل أن يكون المراد بالدخول الخلوة معها ولكن الاحتمال المذكور خلاف الظاهر والمنشأ لتوهم المعارضة أمران :

احدهما: قوله : « ما احب له أن يتزوجها » بدعوى ان هذه الكلمة تدل على الكراهة لاالحرمة ، فالنكاح جايز، وفيه : ان هذه اعم من الحرمة ، وبعبارة اخرى ليست بنحو يعارض دليل الحرمة .

ثانيهما: قوله عليه السلام: حتى تنكح زوجاً غيره بتقريب ان المستفاد من هذه الجملة جواز التزويج معها بعد ذلك نظير جواز التزويج للمطلق ثلاثاً بعد أن تنكح زوجاً آخر وانفصا لها منه .

وفيه : انه لايمكن الالتزام به جزماً اذ بعد فرض نكاحها زوجاً آخر وفرض

---

١) نفس المصدر الحديث : ٤

كونها ذات بعل كيف يمكن الالتزام بجواز التزويج معها فالجار كلمة (حتى) لايكون للتحديد بل يكون للغاية اي لايزاحمها ويفتح الطريق لها كي تنكح زوجاً آخر باختيارها .

وبعبارة اخرى : لايجعلها معطلة بل يرفع عنها يده كي تتزوج زوجاً حلالا .

ولكن الانصاف : ان هذا التقريب خلاف الظاهر العرفي وهذا العرف ببابك

الفرع الثاني: انه لوتزوج بامرئة ذات عدة جاهلا اما بالحكم أوبالموضوع ودخل بها تحرم عليه مؤبداً .

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا تزوج الرجل المرأة في عدتها ودخل بها لم تحل له ابداً عالماً كان أوجاهلا وان لم يدخل حلت للجاهل ولم تحل للاخر (*١) فان المستفاد من هذه الرواية ان الدخول ولو مع الجهل بالموضوع أوالحكم أوكليهما يوجب الحرمة الابدية فلا مجال لأن يقال ان المستفاد من بعض النصوص ان الجهل مانع عن الحرمة الابدية ولو مع الدخول .

لاحظ ما رواه اسحاق بن عمار ، قال : سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الامة يموت سيدها قال : تعتد عدة المتوفى عنها زوجها قلت : فان رجلا تزوجها قبل أن تنقضي عدتها قال فقال : يفارقها ثم يتزوجها نكاحاً جديداً بعد انقضاء عدتها قلت : فأين ما بلغنا عن ابيك في الرجل اذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له ابداً ؟ قال : هذا جاهل (* ٢) فان المستفاد من هذا الخبر ان الجهل مانع عن الحرمة الابدية بلا فرق بين الدخول وعدمه .

ولاحظ ما رواه اسحاق بن عمار أيضاً، قال : قلت لأبي ابراهيم عليه السلام بلغنا عن ابيك ان الرجل اذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له ابداً فقال : هذا اذا

---

١ و٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث: ٣ و٥

كان عالماً فاذا كان جاهلا فارقها ويعتد ثم يتزوجها نكاحاً جديداً (*١) فان المستفاد منه كالمستفاد من سابقه ولكن يقيد ان بحديث الحلبي وتكون النتيجة ان الدخول يوجب الحرمة ولو مع الجهل كما انه لامجال للأخذ بما يدل على أن الميزان بالدخول على الاطلاق بلا فرق بين العلم والجهل لاحظ ما رواه سليمان بن خالد قال : سألته عن رجل تزوج امرأة في عدتها قال : فقال : يفرق بينهما وان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما فلا تحل له ابداً وان لم يكن دخل بها فلا شيء لها من مهرها (* ٢) .

فان المستفاد من هذا الحديث ان الموضوع للحرمة الأبدية الدخول بلافرق بين الجهل والعلم ولكن حديث الحلبي يقيد كلا الحديثين .

الفرع الثالث : ان الولد له قال في الجواهر : « يثبت النسب مع الشبهة اجماعاً بقسميه الخ(*٣) مضافاً الى أن القاعدة الاولية تقتضي ذلك فان ولد المنعقد من ماء شخص يكون منسوباً اليه وبعبارة اخرى : يصدق عليه انه ولده عرفاً ولغة وانما المنفي بحسب التعبد ولد الزنا ويدل على المدعى مرسل جميل، عن احدهما عليهما السلام في المرأة تزوج في عدتها قال : يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً وان جائت بولد لستة اشهر او اكثر فهو للأخير وان جائت بولد لأقل من ستة اشهر فهو للأول (* ٤) .

الفرع الرابع : ان على الواطيء مهر المثل مع جهل المرئة وفي المقام قولان: احدهما : ان لها المهر المسمى ، ثانيهما ان لها المهر المثل ويدل على القول الثاني

---

١) نفس المصدر الحديث : ١٠

٢) نفس المصدر الحديث : ٧

٣) ج - ٢٩ ص ٢٤٤

٤) الوسائل الباب ١٧ من ابواب مايحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١٤

. . . .

النصوص الدالة على ان لها المهر بما استحل من فرجها لاحظ حديثي سليمان بن خالد (* ١) وأبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال في رجل نكح امرأة وهي في عدتها قال : يفرق بينهما ثم تقضي عدتها فان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما وان لم يكن دخل بها فلا شيىء لها الحديث (* ٢).

ولاحظ حديث زرارة (* ٣) فان الظاهر من قوله عليه السلام ـ « لها المهر بما استحل من فرجها » بالاضافة الى أن العقد الفاسد لا يقتضي استحقاق المهر ان المراد من المهر في هذه النصوص المهر المثل لا المسمى .

وبعبارة اخرى : لايكون المراد في هذه النصوص من المهر المسمى لعدم المقتضي ولاجنس المهر والا كان يكفي ما يصدق عليه المهر فيكون المراد منه المهر المثل الثابت في امثال المقام .

ويمكن الاستدلال على القول الأول بما رواه عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة المطلقة قبل أن تنقضي عدتها قال: يفرق بينهما ولاتحل له ابداً ويكون لها صداقها بما استحل من فرجها اونصفه ان لم يكن دخل بها (* ٤) فان هذه الرواية تدل على أن لها نصف المهر المسمى مع عدم الدخول وتمامه مع الدخول لكن لاوجه لحمل الصداق في هذه الرواية على المهر المسمى اذ المذكور في الرواية قوله عليه السلام « لها صداقها بما استحل من فرجها » فيكون المراد من الصداق مهر المثل كما يكون كذلك في بقية الروايات وعلى تقدير تسليم ظهور الروايه في المهر المسمى يعارضها حديثا سليمان بن خالد (* ٥)

---

١) لاحظ ص : ٦٣٥

٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث : ٨

٣) لاحظ ص : ٦٣٢

٤) الوسائل الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٢١

٥) لاحظ ص : ٦٣٥

وأبي بصير قال : سألته عن رجل يتزوج امرأة في عدتها ويعطيها المهر ثم يفرق بينهما قبل أن يدخل بها قال : يرجع عليها بما أعطاها (* ١) .

فان قلنا بأن حديث عبدالله بن سنان لعدم العمل به وهجره مطروح فهو كما انه لو قلنا بظهورها في المهر في المثل أو قلنا باجماله فلا تعارض والافتصل النوبة الى اعمال قانون التعارض فان مقتضى التعارض التساقط والرجوع الى الاصل ومقتضاه عدم شيىء على الواطي فمع عدم الدخول لامهر عليه وحيث ان الترجيح مع الأحدث والمفروض انه لايميز فيدخل المقام في كبرى اشتباه الحجة بغيرها فلا بد من العمل على طبق القواعد فنقول : ان الأمر دائراً بين الاقل والأكثر ولابد من الأخذ بالاقل واجراء الأصل في الأكثر وان كان دائراً بين المتباينين فالمرجع القرعة هذا ما يختلج بالبال في هذه العجالة فلاحظ .

الفرع الخامس : انها تعتد منهما عدة واحدة بنحو التداخل و الاحوط عدم التداخل والكلام في هذا الموضع يقع في مقامين: المقام الاول في مقتضى القاعدة الاولية والمقام الثاني فيما هو المستفاد من النصوص :

أما المقام الاول : فالقاعدة تقتضي التداخل فان المستفاد من دليل العدة ان اول زمانه زمان تحقق السبب نعم في حصول عدة الوفاة قد دل الدليل على أن اول زمانه زمان وصول خبر الوفاة فاذا اجتمع السببان يكون التداخل لازماً وخلافه يحتاج الى الدليل اذ الزمان الواحد غير صالح لا جتماع العدتين بنحو الاستقلال وان شئت قلت : ان تأخير احد هما عن الاخر بلاوجه وهذا لاينا في ما بني عليه في الأصول من عدم التداخل فان عدم التداخل هناك قابل مثلا اذا وجدت أسباب عديدة للغسل يجب التعدد الامع قيام دليل على التداخل ولامحذور في عدم التداخل فان تحقق الأغسال العديدة ممكن بخلاف المقام حيث ان الزمان الواحد لايصلح

١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١٣

لعدتين مستقلتين هذا بحسب مقتضى القاعدة الاولية .

وأما المقام الثاني: فالمستفاد من بعض النصوص التداخل على الاطلاق لاحظ ما رواه زرارة ، عن أبيجعفر عليه السلام في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها قال : يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعا (* ١) .

وايضاً لاحظ ما رواه ابو العباس، عن أبى عبدالله عليه السلام في المرأة تزوج في عدتها قال : يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً (* ٢) .

والمستفاد من بعضها الاخر عدم التداخل لاحظ حديث محمد بن مسلم ، عن عن أبيجعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها قال : ان كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابداً واتمت عدتها من الاول وعدة اخرى من الاخر ، وان لم يكن دخل بها فرق بينهما واتمت عدتها من الاول وكان خاطباً من الخطاب (* ٣) .

ولاحظ حديث علي بن بشير النبال قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة في عدتها ولم يعلم وكانت هي قد علمت انه قدبقي من عدتها و انه قذفها بعد علمه بذلك فقال : ان كانت علمت ان الذي صنعت يحرم عليها فقدمت على ذلك فان عليها الحد حد الزاني ولاأرى على زوجها حين قذفها شيئاً ، و ان فعلت ذلك بجهالة منها ثم قذفها بالزنا ضرب قاذفها الحد وفرق بينهما وتعتد ما بقي من عدتها الاولى وتعتد بعد ذلك عدة كاملة (* ٤) .

وفي المقام طائفة ثالثة تدل على أن التزويج بذات عدة من الوفاة مع الدخول يوجب العدة المستقلة وعدم تداخلها مع الاولى .

لاحظ ما رواه محمد ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: المرأة الحبلى يتوفى عنها زوجها فتضع وتزوج قبل أن تعتد اربعة اشهر وعشراً فقال : ان كان

---

١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١١

٢ و٣ و٤) نفس المصدر الحديث : ١٢ و ٩ و١٨

الذي تزوجها دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابداً واعتدت بما بقى عليها من عدة الاول واستقبلت عدة اخرى من الاخر ثلاثة قروء ، وان لم يكن دخل بها فرق بينهما واتمت مابقي من عدتها وهو خاطب من الخطاب (*١) .

وما رواه الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن تمضي لها اربعة اشهر وعشراً فقال : ان كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابداً واعتدت ما بقي عليها من الاول واستقبلت عدة اخرى من الاخر ثلاثة قروء وان لم يكن دخل بها فرق بينهما واعتدت بمابقي عليها من الاول وهو خاطب من الخطاب (* ٢) .

فعلى مسلك انقلاب النسبة يقيد ما يدل على التداخل على الاطلاق بالطائفة الثالثة وبعد التقييد تصير نسبتها الى ما يدل على عدم التداخل نسبة الخاص الى العام بعد ماكانت النسبة بينهما التباين، فتصير النتيجة بعد الانقلاب والتقييد التفضيل بين عدة الوفاة وغيرها بعدم التداخل في الاولى والتداخل في الثانية ، وعلى فرض عدم القول بالانقلاب يقع التعارض بين الطائفة الاولى والثانية ولامرجح لاحد الطرفين من الكتاب ، وايضاً لامرجح بلحاظ مخالفة القوم اذ يظهر من خلاف الشيخ(قده) (*٣) ان اقوال العامة في المقام مختلفة فتصل النوبة الى المرجح الثالث وهي الأحدثية وحيث انها مجهولة فتصل النوبة الى الاصل العملي ومقتضاه عدم وجوب الزائد على الواطيء ومقتضى القاعدة الأولية هو التداخل كما تقدم ولااشكال في أن الاحوط عدم التداخل كما في المتن .

الفرع السادس : انه لو كان عالماً بالحكم والموضوع ومع ذلك عقد عليها

---

١ و٢) نفس المصدر الحديث : ٢ و٦

٣) ج ٢ ص : ٣١١ ـ المسئلة ٣١

. . . .

تحرم عليه مؤبداً، فانه يمكن الاستدلال على المدعى بالنسبة الى ذات البعل بحديث اديم بن الحر (* ١) فان مقتضى هذه الراوية ان التزويج بذات البعل يوجب الحرمة الابدية وفي صورة العلم بالموضوع والحكم لامعارض للرواية

واما بالنسبة الى ذات العدة فيدل على المدعى ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث انه قال : والذي يتزوج المرأة في عدتها وهو يعلم لا تحل له ابداً (* ٢)

بتقريب ان العلم بالموضوع لاينفك عن العلم بالحكم اذ كيف يمكن العلم بكون المرئه ذات عدة والجهل بالحرمة فان العدة معناها عد ايام معينة وعدم جواز التزويج فيها .

مضافاً الى أنه يكفي لاثبات المدعى ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج ، عن أبي ابراهيم عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتزوج المراة في عدتها بجهالة أهي ممن لاتحل له ابداً ؟ فقال : لااما اذا كان بجهالة فليزوجها بعد ما تنقضي عدتها وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو اعظم من ذلك فقلت : بأي الجهالتين يعذر بجهالته ان ذلك محرم عليه ؟ أم بجهالته انها في عدة ؟ فقال : احدى الجهالتين أهون من الاخر الجهالة بأن الله حرم ذلك عليه وذلك بأنه لايقدر على الاحتياط معها فقلت : وهو في الاخرى معذور ؟ قال : نعم اذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها فقلت : فان كان احدهما متعمداً والاخر يجهل فقال : الذي تعمد لايحل له أن يرجع الى صاحبه ابداً (* ٣) فان المستفاد من هذه الرواية ان احدى الجهالتين تكفي للمنع عن الحرمة الابدية .

---

١) لاحظ ص : ٦٣١

٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

٣) نفس المصدر الحديث : ٤

الفرع السابع: انه لو كانت المعتدة المعقودة عليهاعالمة بالحكم والموضوع تحرم على العاقد، لاحظ ما روى عن أبي ابراهيم عليه السلام (*١) فان مقتضى هذه الرواية اشتراك العاقد، والمعقود عليها في هذا الحكم .

الفرع الثامن : انه لا اثر لعلم ذات البعل وذلك لعدم الدليل عليه والقاعدة الاولية تقتضي عدم الحرمة ، فلاحظ .

الفرع التاسع : انه لافرق في هذا الحكم في المعتدة بين أقسام العدة من كونها رجعية أو بائنة أو من وفاة فان عدم جواز العقد على المعتدة وبطلانه من الواضحات ويدل عليه الكتاب والسنة ، مضافاً الى اجماع المسلمين ، وأما ترتب الحرمة الابدية بشرائطها فلا طلاق الدليل فان الموضوع المأخوذ في لسان الروايات هي المعتدة كما ان مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين كون المرئة المعتدة حرة اوامة .

الفرع العاشر : انه لافرق في الدخول بين أن يكون في القبل والدبر استدل عليه باطلاق الدخول الوارد في النصوص وبحديث حفص بن سوقة ، عمن أخبره قال : سألت أبا عبدالله عن الرجل يأتى اهله من خلفها ، قال : هو احد المأتيين فيه الغسل (* ٢) .

ويرد على الاول ، ان دعوى الانصراف الى الدخول المتعارف الخارجي لاتكون جزافية وعلى الثاني ، بأنها مرسلة ولااعتبار بها ، والاحتياط طريق النجاة

الفرع الحاديعشر : انه لاتلحق بالعدة ايام استبراء الامة لعدم الدليل فان العدة لها أحكام خاصة لاتترتب على مدة الاستبراء ولذا يجوز الاستمتاع بها والمحرم خصوص الوطىء والحال انه لايجوز العقد على المعتدة والأحكام الشرعية تعبدية

---

١) عين المصدر

٢) الوسائل : الباب ١٢ من أبواب الجنابة الحديث : ١

(مسألة ٩) : لايصح العقد على المرأة في المدة التي تكون بين وفاة زوجها وعلمها بوفاته[١].

وهل يجري عليها حكم العدة قيل لا فلو عقد على امرأة في تلك المدة لم تحرم عليه وان كان عالماً ودخل بها فله تجديد العقد بعد العلم بالوفاة وانقضاء العدة بعده ولكنه محل اشكال جداً والاحتياط لا يترك[٢]

الفرع الثاني عشر انه لاتلحق بالعقد الوطيء بالشبهة ولاالوطيء بالملك ولا بالتحليل وذلك لأن الحكم تابع لموضوعه والحكم في لسان الرويات مترتب على العقد فلاوجه للتسريته الى غير مورده .

الفرع الثالث عشر : ان المدار علم الزوج وأما علم الولي أو الوكيل فلا يوجب الحرمة اذ المأخوذ في الدليل علم الزوج فلا وجه لتسرية الحرمة الى غير ذلك المورد فلاحظ .

١) بلااشكال ولاخلاف فيه ظاهراً اذ المستفاد من الكتاب والسنة والاجماع ان المرئة التى يموت عنها زوجها لايجوز تزويجها الابعد تمامية عدتها فلايجوز العقد عليها في المدة الفاصلة بين وفاة زوجها ووصول موتها اليها .

٢) في المقام قولان كما يظهر من المتن ، ذهب الماتن الى أن حكمها حكم زمان العدة لوجهين : احدهما : ان المستفاد من الدليل وجوب التربص من حين الوفاة ، غاية الأمر بعد المدة المقررة من حين بلوغها بنبأ وفاة زوجها فيحرم عليها التزويج من حين الوفاة ووجوب العدة عليها من ذلك الحين .

وفيه : انه لااشكال في حرمة التزويج وبطلانه كما انه لااشكال في عدم وقوع التزويج خلال العدة اذ المفروض ان مبدأ عدتها من حين البلوغ والمفروض عدمه فلايترتب عليه ذلك الحكم المترتب على ذلك الموضوع المغاير للمقام .

. . . .

ثانيهما : ان الموضوع المأخوذ في حديث اسحاق بن عمار (* ١) عنوان عدم انقضاء عدتها ، ومن الظاهر ان عنوان عدم انقضاء العدة يصدق على تلك المدة المقررة فيترتب عليه الحكم .

وفيه : ان المستفاد من الخبر ان المفروض وقوع الزواج اثناء العدة، والظاهر من قول السائل انه فرض وقوع التزويج اثناء العدة ، بل ذيل الحديث صريح فيه حيث يسئل عن التزويج في العدة ، والمفروض ان مبدأ العدة من حين البلوغ فمقتضي الصناعة هو القول الاخر ومقتضى الاحتياط ما أفاده في المتن .

---

١) لاحظ ص : ٦٣٤

استدراك

ذكرنا في الجزء الاول في ص ١٩٩ ونصف الدائره شبران والصحيح ان يقال ونصف القطر شبر ونصف

* * *

ذكرنا فى الجزء الاول في ص ٢٠٠ فالنتيجه بلوغ المجموع (٢٧) شبـراً والحال انه ليس الامر كذلك بل النتيجه اقل والذي يهون الخطب ان السند ضعيف فلا يترتب علي الرواية اثر





فهرس الكتاب